

Maurício Stegemann Dieter

Política Criminal Atuarial

A Criminologia do fim da história

CURITIBA

2012

Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito - Doutorado

Política Criminal Atuarial
A Criminologia do fim da história

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Co-orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

Maurício Stegemann Dieter

Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história

Tese apresentada à Banca de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para o título de Doutor em Direito do Estado, formada pelos seguintes examinadores:

Banca Examinadora

Orientador	Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos Professor do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná
Co-orientador	Prof. Dr. Manoel Eduardo Camargo e Gomes Professor do Departamento de Direito Público Universidade Federal do Paraná
Membro	Prof. Dr. Sebastian Scheerer Professor e Diretor do Instituto de Pesquisa Social Criminológica da Universidade de Hamburgo
Membro	Prof. Dr. Nilo Batista Professor Titular De Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Membro	Prof. Dra. Vera Malaguti de Souza Weglinski Batista Secretária-geral do Instituto Carioca de Criminologia e Professora do Programa de Pós-graduação da Universidade Cândido Mendes

Curitiba, 11 de julho de 2012

Para minha querida Silvia,
no ano da Proclamação do nosso amor.

AGRADECIMENTOS

Apesar da ilusão induzida pela intensa investigação solitária, um trabalho acadêmico nunca é produto exclusivo do esforço individual. Sem a participação – dolosa ou imprudente – de muitas outras pessoas esta Tese jamais teria sido escrita. Por isso, depois de tê-la escrita toda, volto a escrever, porque preciso agradecê-las.

Primeiro, por dever e vontade, agradeço minha família, especialmente meus pais *Narbal* e *Carmen Sylvia*, que nunca pouparam esforços em meu favor; também à minha avó, *Teresinha*, que tanto se esmera em cuidar de nós, quando a esta quadra da vida já deveria ser o contrário. Obrigado à companhia do irmão *Vitor*, que vi se tornar um marxista por mérito próprio – e este elogio basta. Novamente, agradeço à hospitalidade ímpar do casal *Gabriel* e *Sabrina*, sem os quais o inverno europeu teria sido mais cinza e a breve consulta ao precioso acervo da Biblioteca de Direito da Universidade de Zurique simplesmente impossível. O agradecimento, que se estende para toda a família *Dieter* – e se volta para meu afilhado *Henrique*, de modo especial – também precisa chegar aos ouvidos dos *Pamplona e Silva*, por todo o desinteressado suporte e carinho, cujo valor-de-troca não se resolve no mercado das efemeridades.

A pesquisa bibliográfica que suporta meu raciocínio foi fundamentalmente desenvolvida no “*Institut für Kriminologische Sozialforschung*” (“*IKS*”) da “*Universität Hamburg*”, que só pude frequentar graças à generosa bolsa de estudos para estágio de pesquisa doutoral concedida pela CAPES (n. 2305/10-0). Lá contei com a parceria extraordinária deste igualmente extraordinário representante da espécie humana, o Prof. Dr. *Sebastian Scheerer*, meu porto seguro na *Hafen-* e *Hansestadt*.

No Brasil, durante o período de intercâmbio acadêmico na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, contei com as lições extraordinárias do Prof. Dr. *Nilo Batista* e o imerecido e integral auxílio do Prof. Dr. *Juarez Tavares*, teóricos que não só tenho o privilégio de conhecer, mas também de ter por cúmplices teóricos – sem, talvez, que eles o saibam – da mesma forma que *Christiano Fragoso*, um

jurista que poderia fundar uma tradição – não fosse já herdeiro de uma das mais brilhantes.

Devo a correção das premissas sociológicas que orientam minha análise – se, de fato, corretas estiverem – aos pacientes ouvidos do Prof. Dr. *Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes*, cuja autoridade intelectual é tanta que dispensa, simultaneamente, vaidade e falsa modéstia. Trata-me como igual, mas por pura liberalidade; não tenho certeza se mereço.

Meu orientador, Prof. Dr. *Juarez Cirino dos Santos*, é a principal referência teórica crítica deste trabalho. Inevitavelmente, também dos que virão no futuro. No ano em que ele se despede da graduação, celebro o privilégio de tê-lo por mestre durante mais de dez anos. Poucos podem dizer isso – e não escondo o orgulho em fazê-lo. A verdade é que lhe devo demais; e faltam-me linhas.

Ainda no âmbito da comunidade universitária, poderia agradecer aos Professores Doutores *Jacinto Nelson de Miranda Coutinho* e *Katie Silene Cáceres Argüello* pela amizade, mas a admiração teórica que tenho por eles me proíbe. O privilégio é da Academia, em tê-los. A propósito, nesta difícil jornada tripla de professor-pesquisador-advogado, o tempo que dediquei à Tese teve que ser compensado pelo extraordinário esforço do meu sócio, Dr. *André Ribeiro Giamberardino*, que divide comigo o projeto de uma advocacia criminal técnica e ética, a desafiar cotidianamente o punitivismo covarde e ignorante do sistema de justiça criminal do Estado brasileiro. Muito obrigado; e seguimos na luta.

Ainda, em nome da fraternidade acadêmica, quero agradecer aos companheiros *Joubert Soares*, *Ricardo Gloeckner*, *Luana Carvalho*, *Maicon Guedes*, *Mário Ramidoff* e *Paulo Busato*, bem como às novas amizades que construí com *Damare Zimmermann*, *José Bernardo de Almeida* e *Ivens Hübert* na Alemanha. Meus cumprimentos alcançam também aos servidores lotados na Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, em especial *Fátima*, *Sandra* e *Laura*.

Por último, agradeço os amigos de sempre; exatamente aqueles que não precisam ser nominados, de tão amigos que são.

A todos, enfim, muito obrigado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
ABSTRACT	vii
Introdução	1
I. Lógica atuarial: origem e infiltração da estatística nas ciências sociais para disciplina do risco social.....	20
1.1. A teoria da probabilidade e as primeiras aplicações do cálculo atuarial nas ciências criminais	21
1.2. A origem da aplicação sistemática da lógica atuarial no sistema de justiça criminal: a disciplina das “Parole Boards”	46
1.3. O desenvolvimento dos modelos BURGESS e GLUECK até o “SFS” e a decadência do modelo do “parole”	65
II. A Política Criminal Atuarial.....	80
2.1. “Nothing works” e a emergência da incapacitação seletiva	81
2.2. Em busca dos bebês de Rosemary.....	94
2.3. Ajustando a mira: o perfil das classes perigosas, alvo prioritário	101
2.4. “Taming the system”: regras e metarregras sob controle atuarial.....	116
2.4.1. “Inmate management”: a lógica atuarial na Execução Penal	121
2.4.2. Presas fáceis: vigilância e incapacitação dos predadores	131
2.4.3. Risco e imputabilidade: diagnóstico clínico vs. prognóstico atuarial	152
2.4.4. Arbítrio estatístico: ocaso da discricionariedade dos agentes da repressão.....	170
III. Crítica: rumo à Criminologia do fim da história?.....	188
3.1. Contradições ético-normativas: desumanização de um sistema desumano..	190
3.2. Contradições internas: a ineficiência dos instrumentos atuariais.....	215
3.3. A convergência estrutural: adequação racional de sentido para legitimação do sistema de justiça criminal do Estado Capitalista contemporâneo.....	238
Considerações finais	261
Bibliografia.....	263
Documentos com referência na Internet	285
Referências da Internet.....	288
Filmografia	292
Normas jurídicas citadas no trabalho.....	293

RESUMO

Desde o final da década de 70 observa-se nos Estados Unidos a progressiva colonização das estratégias para prevenção, repressão e tratamento das consequências da criminalidade pelo *gerencialismo*, que operacionaliza o sistema de justiça criminal a partir da *lógica atuarial* com o fim de *neutralizar* preventivamente indivíduos perfilados como *reincidentes crônicos*. Compreender e criticar este paradigmático fenômeno contemporâneo, que se afasta da pesquisa das determinações do *crime* para se concentrar na gestão da *criminalidade*, é fundamental diante de sua inevitável expansão para os países sob sua área de influência, sendo tal tarefa especialmente relevante no Brasil, que ainda não conta com uma massa crítica sobre o tema. Instrumentalizada pela *retórica do risco*, este movimento pode ser identificado como parte de um processo mais geral e bastante conhecido de *racionalização* do mundo da vida, que foi operacionalizado pela *técnica-contábil* e consagrado por sua utilidade na *securitização* da propriedade privada, favorecendo a acumulação de capital. Invadindo o campo das políticas públicas para facilitar o controle *biopolítico* da população e promovido pelo ideal de *eficiência*, encontrou seu ponto de contato na Execução Penal, ao oferecer às “*Parole Boards*” informações rápidas e objetivas para fundamentar suas decisões. Acompanhou, contudo, o recrudescimento do sistema penal americano, vinculando-se à proposta de *incapacitação seletiva* que surgiu em base ao descrédito nas funções clássicas da pena, especialmente nos caros programas de ressocialização. Graças ao suporte de novas teorias criminológicas – que ressuscitaram a etiologia-individual para conveniente redescoberta das *classes perigosas* – os *prognósticos de risco* passaram a disciplinar todos os setores da *criminalização secundária*, do cotidiano dos presos à inocuização dos *predadores sexuais*, da definição da imputabilidade à restrição da discricionariedade da polícia, órgãos de acusação e judiciário. Em análise crítica, contudo, a óbvia desumanidade deste sistema é facilmente denunciada, aproximando-se das piores experiências jurídico-penais da história da civilização ocidental. Denúncia que se agrava diante da demonstração de sua ineficiência, caracterizada por um aumento exponencial da população carcerária para um pequeno decréscimo nos índices gerais de *criminalidade*. Todavia, tendo em vista sua permanência apesar da falta de *legitimidade formal*, a pesquisa de sua *legitimidade material* encontra na reorganização do modo de produção da vida material nos Estados Capitalistas ocidentais durante o período de crise a explicação de sua existência e desenvolvimento, coerente com a necessidade de controle social do inevitável excedente de mão-de-obra determinado pelo *pós-fordismo*. Neste sentido, revela-se uma tradução cristalina da conjugação entre *racionalidade formal* e *material* do sistema de justiça criminal que, em última análise, rejeita o discurso jurídico e científico como condição de legitimidade e adere ao falso paradigma ideológico do fim da história da *Criminologia*.

Palavras-chave: *Política Criminal Atuarial*; *gerencialismo*; *lógica atuarial*; *incapacitação seletiva*; *prognósticos de risco*; *sistema de justiça criminal*.

ABSTRACT

Since the late 70's it has been observed in the United States a progressive colonization of the strategies for crime prevention, enforcement and treatment of its consequences by the predominant trend of *managerialism*, which operates the criminal justice system according to the *actuarial logic* in order to preemptively *neutralize* individuals *profiled* as a *chronic recidivists*. To understand and critique this paradigmatic phenomenon, which abandons the research of the causes of crime to focus on practical crime control, is essential before its inevitable expansion to countries under its sphere of influence and this task seems particularly important in Brazil, which still lacks a critical mass of theory on the topic. Manipulated by the *rhetoric of risk*, this contemporary movement can be identified as part of a more general and well known process of *rationalization*, this time in a specific *technical* perspective that is consecrated by its usefulness in the *securitization* of private property, promoting the accumulation of capital. Penetrating the field of public policies to facilitate the *biopolitical* control of the population and sponsored the ideal of *efficiency*, this perspective reached the criminal justice system for the first time when offered to the newly created Parole Boards fast and objective information to base their *decision making* process. It followed, however, the upsurge of the american penal system, establishing a close link with the *selective incapacitation* ideal that arose on the basis of the discredit of the classical functions of punishment, especially those represented by the expensive rehabilitation programs typical of the Welfare State. Thanks to the support of new criminological theories - that resurrected the most primitive form of crime-etiology to conveniently rediscover the existence of *dangerous classes* – the use of *risk prognostics* come to regulate all the sectors of *secondary criminalization*, from *inmate management* to the *incapacitation* of *sexual predators*, from the definition competency to stand trial to restricting the discretion of police officers, prosecutors and judges. On review, however, the obvious inhumanity of this system is easily denounced, approaching the worst experiences of legal and criminal history of Western civilization, a situation made worse through the demonstration of its inefficiency, characterized by an over expensive mass incarceration process compared to a small decrease in the overall rates of criminality. However, considering that this trend continued despite the lack of formal legitimacy, the research search for reasons to explain this phenomenon within the reorganization of the capitalist mode of production in the Western Capitalists, determined by successive crisis in the last decades. Reaching its conclusions, the thesis highlights and denounces the commitment of this new orientation of criminal policy with the need for social control of the inevitable *surplus* of labor determined by post-fordism labor relations. In this sense, it reveals the very intimate connection between *formal* and *material rationality* of the criminal justice system that ultimately rejects the scientific and legal discourse as a condition of legitimacy and adheres to the false ideological paradigm of “*the end of the history*” in respect to the need for Criminological knowledge.

Keywords: *Actuarial Justice/Actuarial Criminal Policy; managerialism; actuarial logic; selective incapacitation; risk prognostics; criminal justice system.*

Introdução

A crítica criminológica do século XX demonstrou que a cada modo de produção correspondem formas de punição adequadas para sua reprodução e desenvolvimento, e que no Estado capitalista isto é realizado fundamentalmente mediante cominação, aplicação e execução de pena privativa de liberdade para *retribuição equivalente* do crime, conforme uma medida de tempo.¹

Constatou também que às determinações estruturais que garantem a prisão no centro do arquipélago punitivo do Estado capitalista correspondem *discursos*² apologéticos, mistificadores ou cínicos – enfim, *ideológicos*³ – que racionalizam as práticas punitivas oficiais e extraoficiais, legitimando a repressão apesar de suas contradições criminogênicas,⁴ ao mesmo tempo em que continuamente as

¹ Critério absolutamente conveniente neste horizonte porque simultaneamente ligado à determinação do valor do trabalho e da mercadoria, como explica em detalhes PASUKANIS, Evgeny Bronislanovich. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**, p. 107-139 e 183-202. Para uma introdução ao tema imprescindível o texto de RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**, especialmente sua síntese inicial, p. 3-7.

² A categoria *discurso* aqui é definida como construção (“*ensemble*”) diferencial de uma cadeia de significantes na qual o significado é constantemente renegociado a partir de um centro que é paradoxalmente estruturante, mas não estruturado. Todavia, em oposição à tradição formalista, subjetivista e transcendental impregnada nesta definição – caminho pela qual se invade a problemática universal e “tudo vira discurso” – atenta-se para a necessidade de sempre aterrar as formações discursivas ao contexto histórico e práticas que legitimam, sendo especialmente útil neste propósito a célebre abordagem alternativa *foucaultiana*, que escapa ao estruturalismo pedestre. Sobre o tema ver, em ordem, TORFING, Jacob. **New Theories of Discourse**, p. 85-90, LACLAU, Ernesto. **Discourse**, p. 431-437, DERRIDA, Jacques. **Writing and Difference**, p. 352-366, BOYNE, Roy. **Foucault and Derrida**, p. 90-122 e FOUCAULT, Michel. **Politics and the Study of Discourse**, p. 54-63.

³ A palavra ideologia é aqui – e durante todo o texto – utilizada no sentido estrito e original das primeiras obras conjuntas de MARX e ENGELS, ou seja, toda e qualquer representação ideal prenhe de interesses materiais que não se reconhece como produto de condições sócio-históricas determinadas e que, por isso, necessariamente expressa uma *falsa consciência* da realidade. *Falsa consciência*, todavia, não é o mesmo que consciência falsa ou errada: a ideologia é, conforme a feliz metáfora dos autores, a inversão da imagem na câmera escura, não a negação da imagem. Logo, não obstante *falsa*, é uma *consciência* que opera historicamente e que, precisamente por sua falsidade, permite sua auto-legitimação contra toda crítica interna. Não se trabalha, portanto, com o conceito de ideologia no sentido de *concepção de mundo*, ou (o que é a mesma coisa) *sistema de valores*, pressuposto da famosa inversão entre ideologia e ciência. Para detalhes ver MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Sagrada Família**, p. 21-26, 34-67 e 95-163 e MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**, p. 25-117.

⁴ Isto é, apesar de seu fracasso, consoante a lição eternizada no segundo e mais específico capítulo sobre a origem da prisão em FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**, p. 299-342.

redefinem nos limites destas determinações.⁵ A idealizada história do pensamento criminológico é, assim, essencialmente a articulação destes *discursos* no eixo da diacronia.

Analisando-os, David GARLAND denominou estes *discursos* de *projetos* para destacar sua natureza instrumental e distinguiu-os em *governamentais* e *lombrosianos*. Os *projetos governamentais*, para ele, estariam primariamente comprometidos com a legitimação científica – especialmente jurídica – de práticas punitivas oficiais definidas como *necessárias* pelo Estado, estejam elas prestes a entrar em ação ou já em curso, cabendo-lhes racionalizar a repressão em atenção aos propósitos políticos imediatos, com amplo predomínio do *interesse pragmático*. Os *projetos lombrosianos*, por sua vez, estariam antes dedicados à etiologia do crime e do criminoso para, de início, propor uma teoria explicativa de suas determinações e, só depois, propor (ou negociar) medidas preventivas junto ao poder público, sobressaindo-se aqui o *interesse teórico*.⁶

À parte problemas nesta distinção,⁷ em um momento histórico no qual a permanente *inter- e transdisciplinariedade* no campo das ciências criminais é

⁵ Pois não é possível reduzir um *discurso* desta natureza, por mais rudimentar que seja, à condição de simples *cortina de fumaça* para implementação de interesses hegemônicos. Afinal, a dialética entre a base material que põe determinações aos *discursos* e sua capacidade de convencimento que é constitutiva da realidade, implica simultaneamente em mudanças nas estratégias de controle social, que se rearticulam nos limites das determinações antes postas. Excelente demonstração no trabalho de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia da Repressão**, p. 29-112. Neste sentido, os métodos punitivos não são derivações simples de regras de direito ou meros indicadores de estruturas sociais, mas técnicas que estão envolvidas em outros processos de poder. Esse é o motivo pelo qual, segundo FOUCAULT, é preciso considerar toda prática penal como um capítulo próprio da *anatomia política* do poder, ao invés de supô-la como simples consequência de teorias jurídicas. Lição completa em FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**, p. 32-38.

⁶ Apesar da diferença e relativo predomínio do segundo sobre o primeiro, haveria diálogo permanente entre ambos: tanto o *projeto governamental* pode buscar legitimidade em abordagens *lombrosianas* (desenvolvidas em universidades, institutos, centros de estudo etc.) quanto a prática do sistema de justiça criminal pode ser o ponto de partida de uma proposta teórica específica, como explica GARLAND, David. **Of Crimes and Criminals**, p. 11-18.

⁷ Os problemas fundamentais da distinção proposta por GARLAND são os seguintes; primeiro, não há teoria que não esteja vinculada a uma prática, nem prática social que não pressuponha uma teoria, o que tornaria a diferenciação relativamente inútil; segundo, o compromisso fundamental de racionalizar os *processos de criminalização* reduz o ponto de partida de cada *projeto* a uma mera questão de conveniência histórica, insuficiente como para fundamentar uma dicotomia real; terceiro, e último, a troca da palavra *discurso* para *projeto* proposta pelo autor não parece ultrapassar o significado do primeiro termo nos limites da definição foucaultiana, sendo, portanto e em última análise, desnecessária.

vista simultaneamente como virtude e defeito,⁸ é possível destacar a importância da dicotomia *garlandiana* remetendo-a, respectivamente, aos mais familiares significantes *Política Criminal* e *Criminologia*.

Assim, a *Política Criminal* – tradicionalmente definida como programa que estabelece as condutas que devem ser consideradas crimes e as políticas públicas para repressão e prevenção da criminalidade e controle de suas consequências⁹ – aumenta sua densidade semântica ao incorporar o significado contido na definição de *projeto governamental*, ao passo que a *Criminologia* – ou ciência que busca identificar as determinações do crime – recepciona o conteúdo explícito de *projeto lombrosiano*.¹⁰ É a partir desta ressignificação que estas categorias serão tratadas daqui em diante.

Como evidencia o título, a Tese prioriza a análise da *Política Criminal*, um campo de estudo definível como *primo pobre* da *Criminologia*¹¹ porque nitidamente deficitário em termos de quantidade e qualidade de pesquisa científica, desde o momento em que são distinguíveis como disciplinas próprias.¹² Os motivos deste desnivelamento, aliás, são relativamente simples:

⁸ Perspectiva crítica em GARLAND, David. **Disciplining Criminology?**, p. 114-123. Propondo, à luz dessa inevitável confusão, uma nova “ciência integrada do Direito Penal”, especialmente à luz da revolução paradigmática produzida pela criminologia crítica – e assim não se confundindo, por óbvio, com a proposta de Franz von LISZT –, ver BARATTA, Alessandro. **Tiene Futuro la Criminología Crítica?**, p. 139-151.

⁹ Antes limitados aos desafios da retribuição e, quando muito, da prevenção, lidar com as consequências da criminalidade ainda é uma novidade nos programas de Política Criminal de países periféricos, notadamente daqueles que não incorporaram as conclusões dos estudos vitimológicos em suas propostas, não raro para priorizar a função simbólica da pena, como esclarece BARATTA, Alessandro. **Política Criminal**, p. 152.

¹⁰ À luz desta redefinição e sob lente crítica, fica fácil perceber que a dialogicidade entre as duas antes apontada por GARLAND é – muito mais do que uma mera particularidade – evidência do compromisso original da *Política Criminal* e da *Criminologia* com a promoção ou não afetação dos interesses sistêmicos de Mercado, realizando sua principal função histórica de fundamentação formal do sistema de justiça criminal para ocultação desta adequação de sentido, justificando racionalmente o controle social das classes dominadas mediante *gestão diferencial* da criminalidade, como denuncia vigorosamente CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**, p. 82-85.

¹¹ Expressão que remete ao famoso quadro da década de 80 da televisão brasileira “*Primo Rico e Primo Pobre*”, protagonizado por Paulo Gracindo (“*Primo Rico*”) e Brandão Filho (“*Primo Pobre*”) e exibido no programa “*Balança, mas não cai*”, da rede Globo. O quadro explorava principalmente a cínica mesquinhez do *primo rico*, que desdenhava dos pedidos para satisfação de necessidades vitais do *primo pobre* justificando a falta de ajuda em função de gastos absolutamente supérfluos.

¹² O que acontece no horizonte do paradigma científico positivista, especialmente nos primeiros decênios do século XX, quando a criminologia positivista se fixou como *teoria etiológica* do crime e como *teoria tecnológica* da política criminal, constituindo, em todo caso, um modelo integrado de Direito Penal, como explica BARATTA, Alessandro. **Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado da las Ciencias Penales, la Política Criminal y el Pacto Social**, p. 168.

“outsider” ao criativo ambiente universitário, a *Política Criminal* encontra dificuldade para se desenvolver no espaço burocrático, lugar de onde se coordenam as políticas públicas de segurança e onde vigem interesses pouco afins à constante modificação requerida pela coerência científica.¹³ Por isso, em contraste com o caleidoscópio de teorias etiológicas da *Criminologia* tradicional e das novas hipóteses de investigação produzidas pela ruptura epistemológica do “labeling approach” na *Criminologia Crítica*, o campo político-criminal permaneceu em relativamente estável zona cinzenta, refém do senso comum teórico, de máximas próprias do conhecimento vulgar e da exploração rasteira e oportunista da classe política.

Não estranha, portanto, que às vésperas do séc. XXI os teóricos se mostrassem especialmente desanimados ao prognosticar o futuro da *Política Criminal*. O consenso de que os erros do passado deveriam servir de lição para o futuro esbarrava na falta de mínimo acordo sobre o significado das diferentes teorias já testadas e suas consequências, a indicar a provável repetição destas falhas ou, simplesmente, mais do mesmo (“more of the same”).¹⁴ Das trincheiras das estratégias para prevenção e repressão da *criminalidade*, enfim, a notícia era quase sempre a mesma: “*Im Westen nichts Neues*”.¹⁵

Na verdade, a desilusão quanto à capacidade estatal de evitar ou compensar o crime sem a violação sistemática dos direitos humanos seria apenas

¹³ Para uma ideia de quão lacônico é o debate acadêmico sobre *Política Criminal* no Brasil – ao menos no que se refere às Faculdades locais – basta nada mais constatar que a maioria dos programas de Pós-graduação em Direito Penal sequer oferecem a disciplina e que a literatura técnica disponível para este fim é, para dizer pouco, sofrível. Rara exceção, no que se refere à oferta da matéria em cursos de nível superior, é a cadeira ministrada pelo Prof. Dr. Nilo Batista na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁴ A crítica, em SCHEERER, Sebastian. **Three Trends into the New Millennium**, p. 240-243, parece seguir no mesmo sentido da conhecida e irônica observação de MARX sobre a *paródia da restauração imperialista* promovida pelo sobrinho (igualmente) golpista de Napoleão Bonaparte. À semelhança dos grandes personagens e fatos históricos, que aconteceriam *duas vezes* (a primeira como tragédia, a segunda como farsa), a *Política Criminal* teria vocação para reciclar velhas – e terríveis – práticas punitivas em novos e falsificados disfarces, mais ou menos elaborados. O famoso ensaio e seu ainda mais famoso parágrafo introdutório em MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**, p. 25-154.

¹⁵ Referência explícita ao livro do sobrevivente da primeira guerra mundial Erich Paul Remark – sob pseudônimo de Erich Maria REMARQUE – que serviu de base ao filme *Nada de novo no front* (**All Quiet on the Western Front**), dirigido por Lewis MILESTONE. A trágica história do jovem Paul Bäumer ilustra bem o contraste entre a falta de lógica interna inerente à dinâmica da violência com a plena racionalização de sua existência em função de interesses estruturais. Ilustra, também, a frustração de sucessivas investidas para tentar resolver uma brutal *guerra de trincheiras*, na qual cada novo esforço “over the top” resulta em mais e mais vítimas, sem que a situação total mude decisivamente.

um aspecto de uma desconfiança mais geral em relação ao próprio Estado, promotor de contradições incompatíveis com a justificação racional de sua existência – ao menos nos limites da proposta liberal clássica. Em crise de legitimidade, fato é que os governos ocidentais são hoje obrigados a enfrentar novos desafios – dos quais o envelhecimento da população, os movimentos migratórios, o esgotamento de recursos naturais e a reorganização geopolítica em torno de economias emergentes são exemplos de magnitude – sem terem antes resolvido os problemas herdados desde o fim do séc. XIX.

Diante deste panorama sombrio, três eram as tendências mais visíveis no que se refere à *Política Criminal* contemporânea: (a) o *populismo*, (b) o apelo à *justiça global* e (c) o *gerencialismo* (“*managerialism*”).¹⁶

Entre elas, uma análise dos mais recentes trabalhos nas ciências criminais – sociais e normativas – deixa pouca dúvida de que a mais expressiva delas é a última, desenvolvida sobre o modelo econômico de *gestão do risco* (“*risk management*”), promovida pelo *princípio da eficiência* e instrumentalizada pela *lógica atuarial*.¹⁷ Suporta tal certeza a constatação de que a aplicação direta de

¹⁶ SCHEERER, Sebastian. **Three Trends into the New Millennium**, p. 243-248. Ressalve-se, porém, que entendê-las como tendências predominantes não significa afirmá-las como novidades ou perspectivas incontroversas. Assim, por exemplo, o apelo a um sistema de *justiça criminal internacional* para fatos graves – como genocídio, escravidão, terrorismo etc. – esteve em pauta desde o final da Primeira Guerra Mundial, embora só alcançasse um maior grau de legitimidade após a Segunda e enfrenta, desde então, enormes desafios para se consolidar diante do permanente conflito com a jurisdição dos Estados nacionais. Da mesma forma, a categoria do *populismo* que remete ao início do século XX é ainda hoje reivindicada pelas posições mais atrasadas e policialescas, sem que graves inconsistências teóricas em sua definição sejam resolvidas. Em detalhes ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 324-341 e 462. Especificamente, no que se refere ao *populismo*, vide a crítica ao uso do termo para desclassificar a luta dos trabalhadores, o que requer cuidado em seu uso. Logo, especifica-se desde já que por *populismo* define-se o apelo à *retórica do medo* – notadamente as fundadas nas célebres falácias das consequências adversas – para determinar a orientação de políticas públicas de segurança, especialmente em direção ao seu recrudescimento, sendo assim um discurso mais afim aos setores políticos conservadores e extremamente útil para a grande mídia em BATISTA, Nilo. **Sobre el filo de la navaja**. Mais sobre a *cultura do medo* da qual se alimenta o *populismo* que aqui se define em PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**, p. 101-110 e GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo**, p. 193. Sobre as falácias mais comuns ao debate pseudocientífico vide SAGAN, Carl. **O Mundo Assombrado pelos Demônios**, p. 210-215.

¹⁷ A expressão *lógica atuarial* remete à adoção sistemática do *cálculo atuarial* como critério de *racionalidade* de uma ação, definindo-se como tal a ponderação matemática de dados – normalmente inferidos a partir de amostragens – para determinar a probabilidade de fatos futuros concretos.

métodos para aferição do *perfil de risco* individual¹⁸ no sistema de justiça criminal estadunidense cresceu substancialmente desde o quarto final do século XX, invadindo setores muito além do campo da Execução Penal no qual se originou. Sem dar mostras de esgotamento, os principais pesquisadores do tema na atualidade concordam que sua influência sobre os processos oficiais de criminalização no século XXI será ainda maior, consagrando-se a *lógica atuarial* como critério reitor na definição de estratégias preventivas para controle da *criminalidade*.¹⁹

Entre os motivos que determinam o protagonismo desta tendência – outros serão adiante discutidos – dois saltam aos olhos.

Primeiro, sua absoluta aderência ao mais amplo processo de *administrativização* das práticas punitivas, reflexo direto da reorientação da atividade estatal em direção ao ideal de *ação eficiente*, devidamente internalizada como diretriz fundamental da administração pública pela agenda *neoliberal*.²⁰ Integra-se perfeitamente, portanto, ao compromisso oficial do sistema de controle social com o *eficientismo*, caracterizado pela (a) prévia e precisa elucidação de seus objetivos, não raro via fixação de metas, (b) controle da produção (no caso, de *criminosos*), (c) redução de custos, (d) otimização de processos, (e) especialização de setores e (f) coordenação integrada de esforços.²¹

Segundo, a insuspeita capacidade da *retórica do risco* – responsável pela lubrificação ideológica de suas engrenagens – de congregar tanto a linha *populista* – que trabalha a partir da dimensão *simbólica* e cuja base de legitimidade é o senso comum midiático – quanto *internacional* – com a qual

¹⁸ Importante esclarecer desde já que *risco* é sempre *coletivo*, porque sua existência depende dos dados de todo um grupo social. Isso não significa, por outro lado, que impossível individualizá-lo: cada pessoa pode ser diferenciada porque apresenta um nível de *risco* diferente dentro do *risco* total. Essa adequação é o que compõe o *perfil de risco* de cada um e é neste sentido que a expressão “*risco individual*” será utilizada. Ver EWALD, François. **Insurance and Risk**, p. 202-204.

¹⁹ Entre eles, FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **Actuarial Justice**, p. 173 e HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 16.

²⁰ Processo complexo, que introduz na administração pública valores da lógica privada de Mercado. No Brasil remete inevitavelmente à Emenda Constitucional nº 19 de 04/06/1998, que insere o princípio da *eficiência da administração pública* no artigo 37 da Constituição da República de 1988. Sobre o tema, naquela que é uma das melhores sínteses sobre a relação entre Direito e a nova diretriz gerencial da *eficiência*, ver MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**, p. 179-254.

²¹ CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 172.

comunga o ideal de *prevenção do risco (global)*.²² Exatamente porque não é exclusivista e permite a coexistência periférica destes dois outros movimentos, o *gerencialismo* pode liderá-los, fazendo com que dividam entre si as explicações para a *criminalidade* excêntrica e os eventuais *deficits* de legitimidade do aparelho punitivo, o que diminui seu ônus argumentativo em caso de fracasso na realização de suas promessas (em todo caso, irrealizáveis).²³

O *referente teórico* do presente trabalho se situa dentro desta complexa marcha de colonização do sistema de justiça criminal pelo *gerencialismo*, que vai progressivamente assumindo a *racionalidade formal* das políticas públicas de segurança.²⁴ Processo que foi, sem aparente exagero, descrito como *revolução silenciosa* ou *ruptura paradigmática* do moderno sistema de justiça criminal: trata-se, propriamente, da *Política Criminal Atuarial*, expressão que, para todos

²² Percebe-se o peso particular deste discurso na medida em que os *medos globais* – epidemias, AIDS, câncer, desastres naturais, revoluções, crises econômicas etc. – são apresentados e discutidos fundamentalmente a partir da noção de *risco*, fato que ultrapassa culturas muito distintas e sinaliza, com isso, a existência de um *imperialismo da probabilidade*, conforme provocativa definição de HACKING, Ian. **The Taming of Chance**, p. 4-5.

²³ A convergência entre as tendências *populista* e *internacional* é nítida nas mais alienadas propostas para edificação de um próprio *Direito Penal do risco*, sob pretexto de adequação do sistema penal às “atuais necessidades de proteção”. De um lado, pela linha do *populismo*, inventa-se uma nova e terrível *criminalidade* (*ambiental, econômica, de drogas* etc.) cuja autoria normalmente é atribuída a entidades fictícias (*peças jurídicas*) ou um mítico *crime organizado*, tão poderoso e bem estruturado que a pesquisa criminológica dos últimos trinta anos ainda não foi capaz de encontrá-lo – exceto, talvez, no discurso de alguns agentes da repressão. De outro lado, na linha *internacional*, estas ameaças se caracterizam por escapar dos limites da territorialidade nacional em sua gênese e consequências, e somando-se a outras (especialmente o *terrorismo*) permitem a interferência da política externa sobre os sistemas de justiça criminal nacionais. O resultado final é, e não poderia ser diferente, a funcionalização do Direito Penal como *política simbólica*. Síntese em ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**, p. 103-112.

²⁴ Trabalha-se aqui fundamentalmente com a categoria de *racionalidade* em Max WEBER, que significa o exercício de adequação lógica ou teleológica a uma atitude intelectual-teórica ou prático-ética. Em outras palavras, *racionalidade* é aquilo que orienta a ação social em relação a determinados fins, estabilizando-a em função de um norte programático, o que exclui – tanto quanto possível – a influência do singular, isto é, da subjetividade em sentido estrito. Por isso, na gramática da sociologia weberiana *racionalidade* é essencialmente *racionalidade objetiva*, isto é, aquela que pode ser submetida ao exame técnico-comparativo entre *meios* e *fins*. Não interessam nem mesmo os processos subjetivos de internalização da *racionalidade*, mas apenas a tradução *racionalizada* de sua expressão, ainda que esta se destine a ocultar as determinações reais – conscientes ou inconscientes – da ação. Neste ponto é preciso distinguir ainda entre *racionalidade material* e *formal*. A primeira se refere às infinitas lógicas não-sistêmicas de avaliação de uma ação, que por sua complexidade são normalmente compreendidas no espaço da sociedade civil, demarcado pelo predomínio do “singular-particular”. A segunda corresponde a um padrão universal e sistêmico de avaliação, e por isso em regra identificado nos espaços menos caóticos – ou mais técnicos – do mercado e do Estado, onde haveria preponderância do “particular-universal”. A estabilidade da *racionalidade formal* justifica, face à imprevisibilidade relativa da *racionalidade material*, o maior interesse do autor. Melhor síntese em WEBER, Max. **Richtungen und Stufen religiöser Weltablehnung**, p.442.

os efeitos, é sinônimo do que já foi definido em outros textos como *Justiça Atuarial* (“*Actuarial Justice*”).²⁵

Em rápida síntese, entende-se por *Política Criminal Atuarial* o uso preferencial da *lógica atuarial* na fundamentação teórica e prática dos processos de *criminalização secundária*²⁶ para fins de controle de grupos sociais considerados de *alto risco* ou *perigosos* mediante *incapacitação seletiva* de seus membros. O objetivo do novo modelo é *gerenciar* grupos, não punir indivíduos: sua finalidade não é *combater o crime* – embora saiba se valer dos rótulos *populistas*, quando necessário – mas *identificar, classificar e administrar* segmentos sociais indesejáveis na ordem social da maneira mais fluída possível.²⁷

Considerado um fenômeno nebuloso e ainda em desenvolvimento, sua manifestação mais visível consiste no uso de *prognósticos de risco* elaborados a partir de estatísticas criminais relativas a um grupo social para determinar critérios de justiça aplicáveis a alguém identificado como seu integrante, seja na condição de suspeito, acusado ou condenado.²⁸ O processo de mensuração do *risco* de um *criminoso* tem por núcleo a atribuição de um valor numérico às suas diferentes características individuais e sociais para depois comparar essa informação com os dados de diferentes sujeitos já *criminalizados*, com o objetivo

²⁵ Sendo esta expressão tornada célebre por FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *Actuarial Justice*, p. 173-201. Também existem referências a *Cárcere Atuarial*, como em DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, p. 93. A opção por *Política Criminal Atuarial* se justifica para aproveitar o significado de *Política Criminal* à luz da redefinição antes proposta, que incorpora integralmente o conceito de *projeto governamental* proposto por David GARLAND, sublinhando a prioridade pragmática.

²⁶ *Criminalização primária* é ato ou efeito de criar uma lei penal, isto é, de uma norma que defina hipóteses de conduta com pena cominada ou estabeleça critérios para imputação de fatos típicos. *Criminalização secundária*, por sua vez, descreve o processo de seleção de um indivíduo concreto pelo sistema de justiça criminal em função da possível realização ou participação em crimes. Normalmente, este processo se inicia com a investigação policial, seguindo-se a submissão às agências judiciais de controle e, na pior das hipóteses, aplicação e execução de pena, cuja máxima expressão é, no Brasil, a privação da liberdade ambulatorial cumprida em penitenciárias. Descrição pormenorizada em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 43.

²⁷ FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *Actuarial Justice*, p. 173.

²⁸ Diz-se nebuloso porque, como visto, não se reduz a um conjunto determinado de técnicas, nem se limite a uma teoria específica. Sua opacidade, aliás, é tributária ao fato de constituir uma tendência contemporânea da *Política Criminal*, o que dificulta tremendamente sua análise devido à proximidade histórica do objeto. Mas vale destacar que sua natureza relativamente amorfa não deixa de ser favorável à sua expansão, tornando-o menos suscetível de crítica. No mesmo sentido a observação de FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *Actuarial Justice*, p. 174.

de ordená-los dentro desse padrão e decidir o que fazer com ele em função de sua posição relativa.²⁹

Política Criminal Atuarial envolve, portanto, diferentes discursos e técnicas em função de um só objetivo. A *retórica do risco* legitima o uso de instrumentos de *cálculo atuarial* para reorientação do sistema de justiça criminal, cujo fim imediato é o controle social de coletivos sociais, não de pessoas concretas.³⁰

Evidentemente, na medida em que se contrapõe aos postulados clássicos que sustentam a *Política Criminal* do Estado Democrático de Direito, esta redefinição tem profundas implicações sobre o *Direito Penal* e a *Criminologia*.

Por um lado, no que se refere ao *Direito Penal*, a reestruturação da *criminalização primária e secundária por ferramentas de avaliação do risco* (“*risk assessment tools*”) reclama a subordinação de princípios e regras tributários à razão iluminista às diretrizes da *lógica atuarial*, não raro ao ponto de simplesmente negar a legitimidade do ordenamento jurídico, considerado indolente ou inapto para lidar com as atuais questões de segurança pública. As leis são vistas, portanto, como empecilhos à necessária *automatização* das práticas punitivas, que agora se reorganizam em torno da mais simples pretensão de continência do *risco*. A *securitização* do problema,³¹ assim operada, materializa por vias estritamente racionais o desvario positivista, esvaziando boa parte do conteúdo moral da dupla *crime e castigo*. Isto, contudo, ainda não é suficiente. Requer-se também o compromisso cego dos agentes da justiça criminal, dos quais se busca retirar toda a liberdade de ação para descriminalizar: em termos ideais, a repressão deve funcionar independentemente de quem esteja a ocupar tais cargos, ou seja, de maneira absolutamente impessoal. Em síntese, a infiltração do *gerencialismo* na justiça penal significa, simultaneamente, o perdimento definitivo das limitações de fundamento democrático enraizadas na

²⁹ CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 2.

³⁰ Vide FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 434-435 e FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **Actuarial Justice**, p. 173-174.

³¹ Em inglês a palavra “*Insurance*” serve tanto para descrever os produtos da “indústria do seguro” quanto para se referir ao processo mais complexo de *securitização*, definido como a *tecnologia do risco*, na explicação de EWALD, François. **Insurance and Risk**, p. 198 e 206-208.

tradição liberal-burguesa, a desumanização do *ritual punitivo* e a sacralização da *razão cínico-gerencial* no espaço público.³² Lamentavelmente, pouca resistência teórica é oferecida contra a desregulamentação e despersonalização da seletividade criminal, que afasta os tradicionais critérios de legitimidade estatal que antecedem a cominação, aplicação e execução de penas, originalmente construídos como garantias do cidadão contra a violência institucionalizada.

De outro lado, em relação aos impactos da *Política Criminal Atuarial* sobre a *Criminologia*, vê-se o progressivo abandono do estudo científico das *determinações do crime* e dos *processos de criminalização* em favor da pesquisa *estatística* sobre os *fatores de risco* associados à *criminalidade*.³³ Sob a lente da economia vulgar, desiste-se de buscar uma solução para a *questão criminal*.³⁴ Logo, se não é possível mais do que *gerenciar* o problema, nenhum esforço teórico se justifica para tentar compreender as causas do *crime* – na linha das teorias *etiológicas* – ou as raízes dos *processos de criminalização* – conforme a teoria crítica – devendo prevalecer o puro *pragmatismo* ao estilo “*what works?*”. Precisamente por isso é que se afirma que a consolidação da *lógica atuarial* como critério reitor da *Política Criminal* oficial representa o ocaso da *Criminologia*, invertendo uma histórica relação de subordinação, na qual os

³² Um movimento conforme o processo de *racionalização* que constitui o referencial teórico de WEBER e descreve essencialmente o desenvolvimento da *racionalidade formal* – de natureza *técnica* – e sua instilação – não raro, conflituosa – por todos os campos da vida social, com o propósito de reduzir progressivamente o campo da *racionalidade material* com vistas à *dominação* ou *hegemonia*. Uma vez que o desenvolvimento da *racionalidade técnica* coincide, consoante a narrativa weberiana, com a evolução do modo de produção capitalista, a revolução industrial torna exponencial o processo de redução do imponderável ao contingente. Na sociedade civil, onde predomina a *racionalidade material*, isto implica no crescente abandono do misticismo, da tradição e do moralismo para regulação das relações sociais, substituídos pela impessoalidade própria da economia capitalista. A incompatibilidade do conhecimento vulgar e da ética religiosa com o notável avanço tecnológico em todas as áreas consagra, neste espaço, a legitimidade da *técnica científica*. WEBER, Max. **Richtungen und Stufen religiöser Weltablehnung**, p.450-451.

³³ Por certo, incluindo o significado dos *projetos lombrosianos*. Paradoxalmente, como se verá adiante, estes fatores de risco são identificados a partir de uma primitiva abordagem etiológico-individual, perspectiva historicamente comprometida com a repressão, como demonstra a dissertação de mestrado que definiu com precisão o objetivo das teorias etiológicas individuais e sociais desenvolvidas a partir do final do século XIX. A referência é CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia da Repressão**.

³⁴ A opção pela síntese *questão criminal* não pretende reduzir a complexidade do tema ou supor que há uma única resposta para tal “pergunta”, capaz de solucioná-la por completo. O propósito da escolha é apenas facilitar a referência ao objeto, no que, neste ponto, se é explicitamente tributário ao conhecido texto de Marx que, a partir de uma síntese semelhante, desenvolveu uma crítica aguda contra a redução da emancipação humana percorrendo grande parte da história europeia (e mundial, após a década de 30 do séc. XX), como se lê em MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**, p. 33-60.

criminólogos perdem ainda mais espaço e influência na definição das políticas públicas de segurança, só que agora preteridos por *gestores* e *atuários*.³⁵ Eis, também, porque parece conceitualmente errado referir-se a este fenômeno como *Criminologia Atuarial*, dado que não há aqui espaço suficiente para uma teoria explicativa do *crime* e do *criminoso*.³⁶

Estruturalmente, o pano de fundo da vulgarização do conhecimento jurídico e criminológico sobre o *crime* é o consenso artificial de que não existem alternativas de transformação social à vista. Logo, se transformar o mundo é impossível e compreendê-lo, desnecessário, os filósofos saem de cena para que os técnicos possam *gerenciá-lo* de modo *eficiente*, decidindo suas ações conforme o *cálculo atuarial* das utilidades desejadas.³⁷

Este grau de conformismo, aliás, é imprescindível para operacionalização do *cálculo atuarial*, cuja capacidade de definição das probabilidades de ocorrência de determinados eventos pressupõe – mais do que dados confiáveis e técnica precisa – a estabilidade das relações sociais. Afinal, embora voltados ao futuro, a validade dos *prognósticos de risco* depende da repetição das regularidades observadas em cenários pretéritos.³⁸ A *lógica atuarial* está intimamente relacionada, portanto, com uma visão *antiquaria* da história, de natureza essencialmente conservadora,³⁹ sugerindo um padrão de *racionalidade* absolutamente inútil para cenários sujeitos a mudanças sociais além do simples *reformismo*. De igual modo, diante do restrito propósito declarado de colaborar

³⁵ Bem distinta daquela que persistiu, ao menos nos países ocidentais mais desenvolvidos, até o final da década de 70, quando especialistas – sobretudo juristas – ditavam as regras do *combate à criminalidade*, como narra CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**, p.36-38.

³⁶ No mesmo sentido, embora não deixem de utilizar a expressão “‘actuarial’ criminology”, FEELEY, Malcolm M. e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 434.

³⁷ Nada pode estar mais distante do objetivo daqueles que tem por método o materialismo dialético, no sentido da décima primeira tese de MARX sobre FEUERBACH: “Os filósofos apenas interpretaram o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo”. MARX, Karl. **1. Ad. Feuerbach** (1845), p. 535.

³⁸ Vale notar que o *cálculo atuarial* não antecipa, nem pretende antecipar, o que vai acontecer, dedicando-se apenas a estimar em termos tão precisos quanto permita a tecnologia, as probabilidades de ocorrência de um determinado evento. Em outras palavras, não diz o que vai acontecer, mas esclarece quais as chances numéricas de que determinadas hipóteses se confirmem dentro de uma margem de erro, calculada em termos tão rigorosos quanto possíveis em função da quantidade e qualidade do material de pesquisa coletado, conforme ROSE, Nikolas. **At risk of madness**, p.214.

³⁹ Para definição das visões “crítica”, “monumentalista” e “antiquaria” da história, vide NIETZSCHE, Friedrich. **Von Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben**, p. 209-287.

para o *progresso* ou *aperfeiçoamento* de uma práxis penal *racional* no Estado Capitalista, é igualmente nítido seu compromisso com a *ideologia* da *defesa social*,⁴⁰ apenas em parte oculto pelo fato de se embasar em argumentos fundados no distante domínio da *estatística*, de mãos dadas com o ideal de *neutralidade*.

É neste sentido que se propõe que a *Política Criminal Atuarial* pode ser definida criticamente como a tentativa de uma “*Criminologia do fim da história*”.⁴¹ Ao instituir a *utopia negativa* de pacificação social,⁴² seu grande trunfo é – no sentido mais próprio do conceito de *ideologia* – justificar uma *falsa resposta* ao apresentar um *falso problema* antes mesmo de que *falsas soluções* possam ser formuladas para *verdadeiros problemas*.⁴³

Logo, a Tese pretende demonstrar que a atribuição de sentido às mais violentas estratégias de controle social a partir da *lógica atuarial* tem por

⁴⁰ É preciso notar, todavia, a relativização que opera no princípio da finalidade (ou da prevenção), na medida em que a lógica atuarial tem se afastado nas últimas décadas da função de ressocialização do delinquente com a sanção concreta. Para toda a referência adicional. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, p.41-47.

⁴¹ Expressão que intitula o conhecido livro no qual se afirma que o consenso mundial ao final do séc. XX em favor do Estado capitalista sob regime liberal-democrático representa o fim da ideologia e, portanto, da história como conflito ou luta de classes. Uma democracia liberal reguladora do “livre mercado” representaria o ponto culminante e expressão mais racional da sociedade, por dois motivos essenciais: por um lado, porque não a submete à irracionalidade inerente às demais formas de governo (permitindo o livre desenvolvimento das relações econômicas); por outro, permite racionalizar todas as futuras contradições sem negar seus princípios fundamentais de liberdade e igualdade (ao institucionalizar todo conflito na forma de luta por reconhecimento de direitos). Síntese em FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**, p. xi-xxiii.

⁴² Segundo Erich FROMM, são três os trabalhos da literatura mundial que definem as *utopias negativas*: *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley, *Nós* de Yevgeny Zamyatin e *1984*, de George Orwell. Análise em FROMM, Erich. **Afterword**, p. 257-267.

⁴³ Ligeiramente modificada, a frase está na análise crítica do filósofo Henri BERGSON feita por DELEUZE, Gilles. **Bergson**, p. 22.

objetivo instaurar a *gestão econômica do crime*,⁴⁴ o que expressa a adequação de sentido entre a *racionalidade formal e material* do sistema de justiça criminal do Estado capitalista contemporâneo. Nesta perspectiva, a *retórica do risco* se revela um elemento catalisador do encadeamento que desobriga o Estado disfarçar sua vinculação aos interesses de Mercado no que se refere a políticas públicas de segurança, avançando em direção à *gestão da pobreza* por meio do Direito Penal. De fato, o retorno a uma criminologia quantitativa estruturada sobre a *técnica estatística* em pleno século XXI é sintomática do pleno domínio dos interesses estruturais na direção do aparelho punitivo do Estado, a ponto de deslocar a legitimidade das ciências tradicionalmente invocadas para fundamentação dos *processos de criminalização* e das estratégias para repressão e prevenção da *criminalidade*.

Difícil acreditar, à luz das lições do passado, que a existência de uma regulamentação normativa de base constitucional democrática será capaz de impedir a infiltração da *lógica atuarial* nos *processos de criminalização*, tendo

⁴⁴ Convém diferenciar que nem toda ação racional em seus meios pode ser denominada *gestão econômica*. Afinal, o aspecto *racional* dos meios de uma ação não precisa necessariamente estar definido pela *economia*, podendo assumir esse papel também a *técnica*, em seus mais diversos graus e, especialmente, em seu nível mais elevado, traduzido pela *técnica científica*. Assim é que uma *questão técnica* é sempre uma pergunta acerca dos meios mais *racionais*, que nem sempre precisam ser os mais interessantes do ponto de vista econômico. Para que uma *gestão econômica* seja considerada plenamente *racional* em termos *técnicos*, portanto, deve se justificar tanto na dimensão *formal* quanto *material*. A *racionalidade formal* da *gestão econômica* depende da capacidade de calcular com precisão as possibilidades de obter as utilidades que deseja. Isto, por certo, depende do grau de desenvolvimento técnico que lhe é estritamente possível e que aplica realmente, para definir os melhores fins e os meios mais adequados. Em síntese, que uma ação seja racional em relação à sua forma significa que sua execução e resultados são *calculáveis*. Por isso, a melhor expressão – a mais precisa forma de manifestação – da *racionalidade formal* é o cálculo de uma ação em dinheiro, capaz de revelar com nitidez a relação custo-benefício, por ser o elemento mais abstrato e impessoal presente na vida humana. A *racionalidade material*, por outro lado, não se traduz em termos absolutos, porque é relativa a cada demanda extra-econômica incidente sobre a ação ou seu resultado. Que uma determinada política pública vinculada a um fim econômico, por exemplo, seja possível em termos técnicos e orçamentários, não satisfaz as inúmeras questões éticas, políticas e sociais dirigidas ao modo pelo qual será realizada ou sobre a validade do fim proposto. Uma resposta racional a estas demandas também é necessária para cobrir o custo de legitimação do atendimento aos fins econômicos, o que certas vezes pressupõe inclusive encobrir o sentido propriamente econômico da ação. Cabe à *racionalidade formal* atender a este conteúdo variável, e para este propósito o discurso científico é sempre vantajoso, porque sua objetividade é capaz de enfrentar, geralmente com sucesso, as objeções não-sistêmicas mais complexas. Em todo caso, como a necessidade é de cada vez mais reduzir as variáveis de ações economicamente interessantes e formalmente homologadas, há um esforço enorme em fazer coincidir a *racionalidade formal* com a *material*, isto é, tornar o critério de exequibilidade de uma determinada ação social (por exemplo, de uma política pública) em título de legitimidade para *gestão econômica*. Em detalhes, WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**, vol. I, p. 44, §1º, n.4, p. 60-61, §9º, n.2-3 e p. 77-78, §13º, n.2-3 e WEBER, Max. **Richtungen und Stufen religiöser Weltabkehrung**, p. 450.

em vista a adequação de sentido entre a *Política Criminal* que deriva do modelo de *gestão do risco* e a terceira fase do estágio imperialista do capitalismo contemporâneo, como se demonstrará ao final.⁴⁵ Por isso, salvo um inesperado desvio de rota ou algumas concessões às tendências do *populismo* e da *justiça global*, o futuro parece mesmo pertencer ao *gerencialismo* e seus arautos que, como tradicionais teóricos das novidades, abastecem o discurso midiático dos quadros funcionais voltados para a segurança pública.⁴⁶

De toda sorte, o esforço para compreensão, dimensionamento e – sobretudo – crítica da *Política Criminal Atuarial* não é outra coisa que uma tentativa de construir a história do presente da repressão no Estado capitalista, um objeto de estudo frequentemente negligenciado ou mistificado pelo pensamento liberal-burguês, em seu contínuo propósito de eternizar os pilares de sua fundação. E apesar de as práticas que definem esse modelo tomarem lugar essencialmente em outros países – por todos, nos Estados Unidos –, a expansão das teorias que legitimam o aparelho punitivo do *sistema-mundo* capitalista do centro em direção à periferia certamente se encarregará de tornar esta a nova filosofia punitiva na América Latina, especialmente no Brasil, onde a “*máxima de Juracy*” ainda norteia a fração mais servil da classe política.⁴⁷

Para tanto, é preciso ser fiel ao objeto que ora se anuncia, e em torno dele estabelecer um método de compreensão que atravesse sua aparência para tentar encontrar suas determinações materiais. Neste propósito, a Tese se divide para seguir, em três grandes capítulos, o roteiro abaixo exposto.

Primeiro, apresenta em linhas gerais a história da *lógica atuarial*, de sua origem a partir da *teoria da probabilidade* até a extensão de sua validade para os mais diversos campos práticos e teóricos onde se provou útil, especialmente

⁴⁵ Excelente síntese, que será exposta adiante em mais detalhes, em NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, p. 221-248.

⁴⁶ A advertência não é sem sentido. Mesmo os países ocidentais mais avançados em termos de políticas públicas de promoção de direitos fundamentais (Noruega, Dinamarca, Suécia, Finlândia etc.) é visível a influência das inovações estadunidenses no sistema de justiça criminal; os Estados Unidos são, de fato, os “*trend-setter*” da Política Criminal mundial. Se isso é verdade para os países escandinavos, imagine-se então para os países que ainda há muito pouco eram considerados seu “*backyard*”. Ver CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 91.

⁴⁷ Em referência à frase “*O que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil*”, de Juracy Magalhães, Ministro da Justiça (?) entre 1965 e 1966, ou seja, durante o mais recente episódio de Ditadura brasileira.

aqueles relacionados à fundamentação e instrumentalização de novas empresas e políticas públicas. Demonstra-se, neste exercício retrospectivo, a estreita relação de cooperação entre a *lógica atuarial* e os interesses mais gerais de Mercado, uma aliança que, somada à *neutralidade* reclamada pelo método *estatístico*, acabou por transformá-la em um dos mais importantes critérios de *racionalidade* das estratégias de controle social do século XIX em diante. Em seguida, identifica-se o momento no qual a *lógica atuarial* invadiu o sistema de justiça criminal para nunca mais abandoná-lo. De acordo com a pesquisa realizada, isso aconteceu nas primeiras décadas do séc. XX, na tentativa de ajudar as recém-constituídas “*Parole Boards*” a resolver graves problemas estruturais e metodológicos no processo de *individualização* da pena. Convocada a ajudar pela classe política, a comunidade acadêmica desenvolveu para este fim planilhas que permitiam prognosticar em pouco tempo e sem muito esforço o *risco* de *reincidência*⁴⁸ de cada examinado, oferecendo aos membros da Comissão um critério objetivo e seguro de decisão capaz de impedir que *criminosos incorrigíveis* fossem contemplados com o benefício, seguindo os contornos do utilitarismo prevencionista que é o traço mais característico da cultura penal ianque. O sucesso desta iniciativa repercutiu por todo o país e estimulou diversos outros estudos – não raro, conflitantes – que acabaram por consolidar o uso de *instrumentos atuariais* como critério central no momento de decidir pela concessão ou denegação do “*parole*” e algo extremamente promissor para outras áreas da Execução Penal, de onde se projetou para as demais etapas da *criminalização secundária*.

Segundo, associa a súbita expansão da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal estadunidense ao crescente descrédito nas funções declaradas da pena, especialmente a de *prevenção especial positiva*, cujo fracasso é associado à crítica mais geral do *Estado de Bem-estar Social*. Descobre-se que, carente de

⁴⁸ *Reincidência*, deste ponto em diante, é definida como qualquer nova passagem do indivíduo pelos filtros oficiais do *processo de criminalização secundária*. Neste sentido, o conceito de *reincidência* é muito mais abrangente do o previsto no artigo 63 do Código Penal Brasileiro, que a define como prática de um novo crime após trânsito em julgado de decisão condenatória. Em todo caso, ao fundar uma presunção de *perigosidade* individual opera efeitos semelhantes, também contrários às garantias fundamentais do Direito e Processo Penal dos Estados Democráticos de Direito. Mais em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 529-533.

legitimidade formal mas materialmente indispensável, do final da década de 70 em diante a penitenciária volta a se afirmar como instituição necessária para a *incapacitação seletiva* de certos indivíduos antissociais, identificados e classificados por *instrumentos atuariais* conforme o *perfil de risco* ou *perigosidade* que representam. Esta proposta de resgate da prisão se estrutura sobre teorias criminológicas que retomam a mais pedestre *etiologia-individual* e que não só afirmam a existência de *reincidentes crônicos* entre a população em geral, como também atribui a eles a responsabilidade pela maior parte dos crimes praticados. Neste sentido, autoriza o retorno da *neutralização* de indivíduos de *alto risco* como medida *eficiente* para gestão da *criminalidade* e abre novas linhas de pesquisa em torno do mesmo objetivo de distinguir com rigor as características essenciais aos *criminosos persistentes* – especialmente os membros da “terrível” subcategoria dos *predadores* – para depois justificar sua *inocuição* desde os primeiros anos de vida. Sintetiza-se, por esta via, que o fenômeno referido como *Política Criminal Atuarial* não é outra coisa que a *racionalização* das estratégias de controle social pela *lógica atuarial* para fins de *incapacitação seletiva* dos membros das *classes perigosas* contemporâneas. Diante de um sistema de justiça criminal integralmente reformulado, o trabalho especifica e examina em detalhe os mais importantes *instrumentos atuariais* disponíveis e efetivamente utilizados pelo poder público, tanto do ponto de vista histórico quanto atual. Afinal, sem uma análise rigorosa de seus critérios de avaliação, campos de aplicação, formas de apresentação e credibilidade dos prognósticos que oferecem qualquer aproximação crítica seria temerária. Como evidencia, nenhuma etapa da *criminalização secundária* se mantém inalterada: do modo de execução das penas, à forma pela qual se reprimem os crimes sexuais até a definição da imputabilidade, nada escapa aos *prognósticos de risco*. A *automação* do sistema de justiça criminal implica, por óbvio, na brutal redução da *discrecionabilidade* de seus agentes; ao reduzir pela mecanização a validade do discurso jurídico, aumenta o controle político sobre as atividades de policiais, promotores e magistrados, aprisionando-os à *lógica atuarial* de maneira definitiva.

Terceiro, a Tese investiga as possíveis contradições *extra- e intrassistêmicas* desta expressão particular da tendência *gerencialista* que propõe o controle *eficiente* da *criminalidade*. De início, são apontados os principais choques deste modelo com o discurso ético-normativo de fundamento constitucional, o que revela a incompatibilidade da *Política Criminal Atuarial* com a disciplina dos direitos humanos fundamentais que balizam Direito, Processo e Execução Penal no projeto de um Estado Democrático de Direito, especialmente por conta do resgate ao *Direito Penal do Autor* que determina, demasiadamente próximo daquele instaurado pela ditadura do partido nazista na Alemanha. Demonstradas as contradições externas, analisa-se a *Política Criminal Atuarial* por seus próprios fundamentos, para verificar se suas pretensões de *segurança* e, principalmente, *eficiência* que traz consigo são coerentes com as práticas que implementa. A crítica aqui tem por objeto os títulos de legitimidade que autorizam o uso de *prognósticos de risco* para orientar a *seletividade* do sistema de justiça criminal e os motivos que justificam seu aparente fracasso, embora se evidencie que, em última análise, a proposta é simplesmente incapaz de cumprir o que anuncia sua propaganda. Por último, à luz das contradições expostas, busca-se uma explicação material para a permanência e expansão deste fenômeno, aterrando-o às contingências econômicas e políticas contemporâneas, o que então permite compreendê-lo além de sua aparência, realizadas as mediações necessárias para não perder sua complexidade em alguma forma elementar de reducionismo. Decorre daí, sob a forma de conclusão, um exercício crítico que nega a *Política Criminal Atuarial* para revelar seus objetivos reais, a partir dos quais se defende a Tese antes anunciada, pois cabe à teoria a inafastável missão de denunciar a convergência dos *projetos criminológicos* e *político-criminais* legitimantes com os interesses estruturais, bem como as consequências do seu desenvolvimento relativamente independente e especialmente seus desdobramentos que ampliam a legitimidade do uso da violência. Uma atividade cada vez mais difícil – e, por isso, tanto mais

necessária – notadamente à sombra do falso paradigma do *fim da história*, no que se encerra o trabalho em sucintas considerações finais.⁴⁹

Exposto o roteiro, mas antes de iniciar o percurso que se anuncia, falta apenas uma advertência metodológica, considerando que a maioria dos textos e das experiências que sustentam a proposta de *Política Criminal Atuarial* tem origem nos Estados Unidos, país cujo sistema jurídico é tão peculiar quanto complexo.⁵⁰ Por isso, no intuito de apresentar o tema da maneira mais fiel possível ao leitor brasileiro, em boa medida resistiu-se à tentação de adaptar as categorias próprias do discurso jurídico-penal estadunidense para o contexto do regime jurídico e político brasileiro. Isso porque, mesmo quando disponíveis institutos semelhantes capazes de autorizar uma analogia cientificamente válida – como seriam os casos, por exemplo, das simetrias aparentes entre “*felony*” e *crime*, “*parole*” e *livramento condicional*, “*probation*” e *sursis* etc. –, o significado próprio destes conceitos pareceu necessário para assegurar a correição crítica das observações. Pelo mesmo motivo, isso não acontece nos casos em que a tradução foi capaz de reproduzir o peso e impacto de certas expressões que estão em desuso ou foram simplesmente revogadas pelo ordenamento jurídico pátrio, na medida em que são responsáveis por verticalizar a aplicação da *lógica atuarial* na *criminalização secundária* norte-americana. Apresentam-se em português, portanto, termos profundamente estigmatizantes, mas capazes de trazer ao texto as conotações que lhe são pertinentes para fins de denúncia, tais como *delinquência juvenil* e *delinquentes sexuais*, para citar

⁴⁹ A natureza sintética das Considerações Finais pretendem ser, neste sentido, um elogio às conclusões de Georg RUSCHE e Otto KIRCHHEIMER – com ênfase na homenagem ao primeiro – apresentadas no texto clássico e fundante para a crítica criminológica. Crítica esta que não deixa herança, como querem alguns e equivocados teóricos, porque não está morta, para início de conversa. Nada mais além de somar-se à esta tradição viva constitui a modesta pretensão deste trabalho. Sobre o célebre texto mencionado, vide RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**, 206-207.

⁵⁰ Apenas para ilustrar, considere-se que, embora herdeiro da tradição do “*Common Law*”, o sistema jurídico dos Estados Unidos tem sofrido nas últimas décadas um crescente processo de regulamentação normativa próprio do “*Civil Law*”, sobretudo no que se refere à jurisdição federal. Além disso, como federação, o país aglutina estados com sistemas jurídicos absolutamente distintos entre si, variando substancialmente os critérios de imputação e as consequências penais previstas de um lugar para outro. Síntese sobre o tema em RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**, p. 50-52.

apenas dois entre os piores exemplos.⁵¹ Por último, em relação ao nome próprio de certos *instrumentos atuariais*, a opção por deixá-los no original resultou da artificialidade de sua tradução para o português, quando não pela incompreensão absoluta em relação a seus métodos e objetivos.⁵² Assim, ao adotar um léxico compatível com as fontes utilizadas busca-se aproximar a leitura do contexto particular no qual se originou e desenvolveu o *referente teórico*, imaginando-se que as constantes referências em inglês não devem produzir um *estranhamento* tão grande face à proximidade da cultura “americana” entre aqueles que vivem na sua versão Latina, antigo “*backyard*”. De toda sorte, esclarecimentos serão frequentemente ser encontrados em nota de rodapé.

⁵¹ Este processo é especialmente visível diante da nomenclatura específica dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil ao setor denominado em outros países, sem o mesmo constrangimento, como *delinquência* ou *criminalidade juvenil*. Evidentemente, descrever um adolescente como *infrator* é muito menos estigmatizante do que usar a palavra *delinquente* ou *criminoso* para fazê-lo. Isso sem falar na abissal diferença que advém da distinção formal e material entre *penas* de *medidas sócio-educativas*. Por isso, sem desconsiderar a importância da redefinição operada pelo ECA, a tradução sem adaptações do explícito e mais grosseiro vocabulário estrangeiro parece mesmo ser necessária para uma crítica aguda baseada nas pernósticas conotações próprias destas categorias.

⁵² Como ilustra a estéril tentativa de tradução do instrumento para prognose de risco chamado “*Level of Services Inventory-Revised*”; simplesmente não se vislumbra qualquer vantagem em chamá-lo “*Nível de Serviços de Inventário Revisado*”.

I. *Lógica atuarial: origem e infiltração da estatística nas ciências sociais para disciplina do risco social*

A possibilidade de enfrentamento da proposta de um sistema justiça criminal orientado pela *lógica atuarial* requer – antes de descrever e analisar as implicações de seu uso nas estratégias de controle social do ponto de vista ético-jurídico, intrassistêmico e econômico-político – pesquisar a origem histórica e as primeiras experiências de aplicação do *cálculo atuarial* na definição de ações e políticas públicas *racionais* de segurança. Para tanto é fundamental uma aproximação do desenvolvimento das ferramentas teóricas que fundamentam e disciplinam o moderno conceito de *risco*, como categoria indispensável no léxico contemporâneo, palavra de ordem nas ciências sociais e expressão frequentemente banalizada nos mais diversos contextos.

Em todo caso, ressalve-se que a abordagem forçosamente linear sumariamente sintetizada a seguir sobre o desenvolvimento do *cálculo atuarial* é sabidamente reducionista, e não apenas pela natureza do objeto ou continência do texto, mas principalmente porque o que menos interessa aqui é o seu campo mais complexo: o matemático, em sentido estrito. Por isso, e consciente de que a progresso da ciência não é *contínuo* ou *neutro*,⁵³ a referência diacrônica às operações que racionalizam a *teoria da probabilidade* serve muito mais para ilustrar o trânsito epistemológico da *lógica atuarial* e seus diferentes contextos de aplicação – e especialmente como padrão contemporâneo de *racionalidade* no sistema de justiça criminal – do que para fundamentar uma crítica posterior, o que parece autorizar a simplificação proposta.⁵⁴ Feitas estas considerações preliminares, pode-se avançar.

⁵³ De modo que a própria palavra *progresso* para defini-lo é questionável, na medida em que torna implícito uma melhora gradual na condição humana, o que não é verdade, como lembra a existência de armas nucleares, desenvolvidas pelos melhores físicos do século XX. Ao encontro da crítica, HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**, p. 384.

⁵⁴ No mesmo sentido, junto à advertência de que, por falta de fontes, nunca se escreverá a verdadeira história da estatística, ver HACKING, Ian. **The Taming of Chance**, p. 1-7.

1.1. A teoria da probabilidade e as primeiras aplicações do cálculo atuarial nas ciências criminais

Em uma definição corrente – e bastante simplista – *risco* é a aproximação racional ao mistério do acaso, uma experiência sedimentada sobre o desenvolvimento da matemática *estatística* e próprio da Era Moderna.⁵⁵ Portanto, sob esta perspectiva, *risco* não é uma categoria sensível, mas um mecanismo para compreensão e organização do real, uma forma de analisar e disciplinar eventos de existência meramente hipotética, o que necessariamente implica em um maior distanciamento da realidade no exame de problemas concretos.⁵⁶ A pretensão de domínio do *risco* – que surge com a *teoria da probabilidade* e se consolida no desabrochar da *ciência estatística* e seus especialistas, os *atuários* – seria, portanto, fundante da Modernidade, permitindo o salto tecnológico sem precedentes que a caracteriza.⁵⁷

Idealismos à parte, inegável que a *lógica atuarial* representa uma das mais óbvias expressões do processo de *racionalização* da vida social, ao colaborar na

⁵⁵ Por isso, não raro os autores se referem à Antiguidade como período marcado pela insegurança humana em relação ao futuro, sentimento que estaria na base de todas as religiões e radicalmente oposto à ideia de *progresso*, o que teria impedido um maior desenvolvimento mesmo em lugares bastante ilustrados, como na Grécia Antiga, onde o futuro era domínio exclusivo dos deuses e para prognósticos existiam os oráculos e seus métodos místicos. Em todo caso, deficiências formais e técnicas impediriam qualquer avanço significativo à época, tais como a falta de numeração adequada e desconhecimento do “0”, só conhecido depois que Alexandre invadiu o Império Babilônico. Compartilham a opinião BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p.16-20 e MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 26-30.

⁵⁶ Não se confunde, portanto, com o significado de *risco* no conhecimento vulgar, que remete à noção de perigo concreto. Ver EWALD, François. **Insurance and Risk**, p. 199. Trata-se, em todo caso, de uma afirmação sujeita à contestação dos *indeterministas*, expressão que genericamente designa todos aqueles que acreditam na existência de um mundo de probabilidades independentemente da razão humana, ou seja, que a razão humana não cria o *risco*, apenas o descobre – e com isso cria a ciência. Afastando-se do paradigma positivista, o *indeterminismo* tomou força a partir da descoberta e disciplina da *distribuição normal de erros*, que será analisada adiante, encontrando um expoente em Charles S. PEIRCE, como narra HACKING, Ian. **The taming of chance**, p. 200-215.

⁵⁷ Não se ignora o patente idealismo destes autores, os quais supõem que uma ideia – neste caso, a possibilidade de calcular o risco de acontecimentos futuros – determina a transformação da história, invertendo a relação entre causa (material) e efeito (reprodução ideal) das teorias materialistas, em uma análise tipicamente tributária à “história das ideias”. Sua pesquisa, entretanto, é útil aqui como referência, apesar da radical oposição de método. O idealismo ao qual se faz referência está bem ilustrado em BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p.1-8 e 18-22. Sob esta perspectiva, a emergência da *lógica atuarial* e sua crescente penetração no cotidiano – processo historicamente paralelo ao desenvolvimento do Estado capitalista – simbolizam uma conquista sobre terreno divino, aumentando a responsabilidade da humanidade por seu próprio destino e conjugando campos que antes se apresentavam como opostos: *saber* e *acaso* ou “*Scientia*” e “*Sapientia*” em oposição a “*Fortuna*”, conforme GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. xiii-xvii.

transformação do *místico* em *científico*. Pouco a pouco, a ideia de que o cálculo das probabilidades de sucesso deve ser o critério preferencial para orientar as ações sociais – ou, no mínimo, um elemento indispensável de análise – invadiu o cotidiano, constituindo-se hoje como padrão fundamental de *racionalidade*.⁵⁸

Definir com precisão a origem exata deste fenômeno é tão improvável quanto inútil. Pois embora a maioria dos autores concorde em situar a origem da *teoria da probabilidade* na segunda metade do século XVII, a verdade é que seria impossível seu desenvolvimento sem certas categorias da matemática, descobertas muito tempo antes.

De modo que a primeira referência remeteria ao longínquo século XIII,⁵⁹ período no qual a civilização ocidental incorporou definitivamente os números árabicos – embora já tivesse acesso aos mesmos em épocas anteriores –, sendo marco deste processo a publicação em 1202 do “*Liber Abaci*” de Leonardo PISANO,⁶⁰ onde a matéria foi pela primeira vez sintetizada e desenvolvida em Latim.⁶¹ Quase trezentos anos depois, em 1494, registra-se outra grande contribuição na obra-prima de Luca PACCIOLI “*Summa de arithmetica, geometria et proportionalità*”, referência sobre o assunto durante a Renascença e que apresentou o célebre problema do jogo de *balla*, um dos principais desafios

⁵⁸ A sociologia de Max WEBER é provavelmente a melhor fonte para compreender as pretensões do processo de *racionalização* da vida social, que segundo o autor constitui o traço distintivo da civilização ocidental – isto é, do Estado capitalista – a partir do trânsito entre os séculos XIX e XX. De fato, o rigor e a neutralidade reclamados por seu método científico produziram uma descrição pormenorizada desta *promessa da Modernidade*, responsável por uma irreversível transformação – também definida como *progresso técnico* – dos espaços político, social e econômico. WEBER, Max. **Der Sinn der “Wertfreiheit” der Sozialwissenschaften**, p. 293. Nada obstante os méritos de sua consagrada análise os propósitos ideológicos implícitos – e explícitos – da abordagem weberiana já foram diversas vezes denunciados, sendo exemplo desta tradição crítica o texto de MARCUSE, Herbert. **Industrialisierung und Kapitalismus im Werk Max Webers**, p.15.

⁵⁹ Além da diacronia, a etimologia também é uma boa referência na pesquisa das raízes históricas da estatística. Azar tem origem no árabe para dado, ou “*al zahr*”. A palavra *ábaco* deriva do grego “*abax*”, que remete às bandejas de areia utilizadas para calcular, servindo de marco para a distribuição de seixos. *Cálculo*, aliás, vem de “*calculus*”, significante latino para seixo. De “*cifr*”, ou zero, em árabe, vem *cifra* e *álgebra* deriva de “*al-jabr*”, que significa ciência das equações. *Algoritmo* deriva do nome do matemático “*al-Khowârizmî*”, que viveu por volta do séc. IX. A palavra “*aleae*”, raiz de *aleatório*, se refere aos jogos de dado em latim e o termo *apólice* vem do italiano “*polizza*”. Já *risco* teria origem no italiano primitivo “*risicare*” que significaria “desafiar” ou no francês “*risqué*”, no sentido de perigo sujeito ao azar. Todas as referências são de BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 8,13, 20, 32-33, 47-48 e 95.

⁶⁰ Mais conhecido como “Fibonacci”, nome que – famoso como adjetivo da *sequência* – é contração de “filho-de-Bonacio”, primeiro nome do pai de PISANO, conforme BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 24.

⁶¹ BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 20-36.

matemáticos da história, que demorou mais de 150 (cento e cinquenta) anos para ser resolvido.⁶² Ainda nesta fase bastante incipiente, cita-se o aporte de Girolamo CARDANO no começo do século XVI com as obras “*Ars Magna*” e “*Liber de Ludo Aleae*”. O primeiro texto dedicava-se à álgebra e além de outros avanços e introduziu o uso de “ $a, b, c...$ ” em equações. O segundo era um tratado sobre jogos de azar – tendo sido ele próprio um jogador pertinaz – que se concentrava no desenvolvimento dos princípios para definição de chances, utilizando de forma inédita frações para representar possibilidades. Esta abordagem ao acaso de CARDANO, só publicada em 1663, teria estabelecido a importante “*Lei do Espaço Amostral*”, que define as chances de sucesso de um evento de acordo com a soma de todos os resultados possíveis.⁶³

Aparentemente sem ter acesso à obra de CARDANO,⁶⁴ Galileu GALILEI também colaborou neste estágio embrionário ao se debruçar sobre a lógica dos jogos de azar. Embora a contragosto, analisou um problema de jogo de dados sob demanda de seu mecenas,⁶⁵ escrevendo como conclusão o ensaio “*Sopra le Scoperte dei Dadi*”. Ao perceber que o número de maneiras pelas quais um resultado pode ocorrer modifica drasticamente as probabilidades de seu devir, sistematizou os meios pelos quais se define o número de possibilidades de diferentes resultados, disciplinando a *Lei do Espaço Amostral* de CARDANO.⁶⁶

Todavia, em que pese estes precedentes, a verdade é que a *teoria da probabilidade* só encontra seus fundamentos clássicos na França da segunda metade do século XVII, a partir do trabalho conjunto de Blaise PASCAL e Pierre de FERMAT. A pedido do escritor Antoine GOMBAUD, mais conhecido como o “*cavalheiro de Méré*”, os dois cientistas tentaram solucionar o antigo problema do jogo de *balla* de PACCIOLI, chegando a uma solução depois de inventar um

⁶² O problema era o seguinte: A e B apostam em um jogo de *balla* e concordam que o campeão será aquele que ganhar primeiro seis rodadas. Todavia o jogo acaba quando A ganhou cinco e B ganhou três rodadas. Como deve ser dividida a aposta? Detalhes em BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 43.

⁶³ O estudo de CARDANO sobre jogos de azar seria mais determinado por necessidade do que vício: teria sido este o meio pelo qual ele teria custeado seu curso de Medicina na cidade italiana de Pavia, como narra MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk**, p. 42-61.

⁶⁴ Pois apesar de escrito na mesma época, o texto de CARDANO só foi publicado na segunda metade do séc. XVII. As referências estão em BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 39-56 e GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 12-13.

⁶⁵ Ninguém menos do que o famoso Cosme (ou Cosimo) II de Médici, Grão-Duque da Toscana.

⁶⁶ MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk**, p. 60-65.

procedimento seguro para estimar a probabilidade de eventos futuros.⁶⁷ Iniciada em julho de 1654, a correspondência entre ambos registra uma das descobertas mais importantes da história da matemática, por ter ao final definido um método rigoroso para encontrar o total de maneiras possíveis de combinar diferentes fatores, depois sintetizado no conhecido *triângulo de Pascal*.⁶⁸

Em parte tributário à sua grande descoberta, o trabalho individual posterior de PASCAL teve implicações decisivas sobre a filosofia ocidental, por edificar o método racional para tomada de decisões irreversíveis diante de incertezas futuras, a chamada *esperança matemática*.⁶⁹ Na tentativa de explicar a correção do comportamento humano a partir de uma *racionalidade sistêmica* estendeu o âmbito de validade da recém-criada *teoria da probabilidade* para campos que inicialmente pareciam ser insuscetíveis de quantificação, como a religião.⁷⁰

Em seguida, em 1662, o trabalho coletivo “*La logique, ou l’art de penser*” comandado por Antoine ARNAULD⁷¹ deu maior repercussão às descobertas de PASCAL e FERMAT ao defender enfaticamente a aplicação da análise probabilística para resolver tanto problemas teóricos quanto práticos. Ao apontar o ridículo de ter medo de raios após uma avaliação do *risco* real de ser vitimado por um, ARNAULD sustentava que o homem moderno deveria negar-se a orientar seu comportamento conforme as consequências sem levar em conta

⁶⁷ BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 57-68.

⁶⁸ Consta que o triângulo já tinha sido descoberto no século XI pelo chinês Jia XIAN, publicado em 1303 por Zhu SHIJIA e discutido no texto de CARDANO de 1570. Novidade, mesmo, parece ter sido apenas a introdução do significante expectativa como termo técnico. O relacionamento entre PASCAL e FERMAT teria começado na “*Académie Mersenne*”, grupo de discussão também frequentado por Rene DÉSCARTES, embora na época PASCAL fosse bem mais jovem do que FERMAT. Detalhes em MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 65-72.

⁶⁹ MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 75-77.

⁷⁰ Perspectiva que redundou na célebre defesa *racional* de PASCAL em favor da religião cristã, mais conhecida como *aposta de Pascal* e que para muitos constitui o fundamento da *teoria dos jogos*. Na referida aposta, PASCAL desenha a *economia da fé* ao defender a crença em Deus a partir de um cálculo utilitarista: diante do infinito benefício da vida eterna ou sofrimento da perpétua danação, acreditar na probabilidade de Deus é compensada pelo reduzido prejuízo decorrente dos sacrifícios da piedade. Crer, portanto, é uma decisão *racional*. Esta perspectiva foi defendida depois pelo bispo anglicano e fundador da “*Royal Society*” de Londres, John WILKINS no “*Of the Principles and Duties of Natural Religion*”, de 1675. Mais em GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 1-5.

⁷¹ Não há, em todo caso, absoluta certeza da autoria deste texto, que parece mais uma obra coletiva apenas organizada por ARNAULD, segundo BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 69.

antes e acima de tudo as chances matemáticas de seu acontecimento.⁷² Desde então, uma ação – individual ou coletiva – só poderia ser considerada *racional* se consciente do *risco calculado* do resultado, excluindo-se da definição as decisões fundadas em intuições ou critérios puramente subjetivos. Assim, devido aos novos recursos teóricos, a imponderabilidade do devir não era mais o fim da razão, mas seu ponto de partida.⁷³ Para completar, esta argumentação ainda hierarquizou os graus de certeza, definida no gradiente entre máxima *certeza matemática* (provada por demonstração), passando pela *certeza física* (dependente da evidência sensorial) e chegando ao mínimo da *certeza moral* (baseada no testemunho e conjectura).⁷⁴

Foi também no século XVII que o próspero negociante londrino de aviamentos John GRAUNT se tornou o pioneiro na atividade prática de *inferência estatística*,⁷⁵ isto é, na possibilidade de cálculo de uma cifra global a partir de apenas uma amostra dos dados. Sobre o registro sabidamente incompleto de nascimentos e óbitos em Londres entre 1604 e 1661, estimou a população total da cidade e a expectativa de vida de seus habitantes em 1662, embora com pouca precisão devido à deficiência na coleta oficial destas informações.⁷⁶ Além disso, pela maneira com a qual lidou com os dados – simultaneamente descrevendo-os e interpretando-os – fundou as bases da moderna análise *estatística*, substancialmente repetida até os dias atuais.⁷⁷

Os matemáticos logo perceberam a utilidade social de tais tabelas e proliferaram estudos no mesmo sentido após a publicação de GRAUNT. No final

⁷² BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 69-71.

⁷³ GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 5-6.

⁷⁴ Aderiram a esta escala, entre outros, Hugo GROTIUS no “*De veritate religionis christianae*” de 1624 e John LOCKE no “*Essay Concerning Human Understanding*” de 1690, de acordo com GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 7-8.

⁷⁵ Embora o vocábulo *estatística* só tivesse nascido em 1746, pela obra do professor alemão Gottfried ACHENWALL, de acordo com MEMÓRIA, José Maria Pompeu. **Breve História da Estatística**, p. 12 e 13.

⁷⁶ Estimou, assim, em 384 mil a quantidade de habitantes em Londres em 1662, que antes se acreditava ser de 2 milhões, como explica MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk**, p. 109.

⁷⁷ Ainda que várias falhas na observação e tabelamento dos dados possam ser observadas no “*Natural and Political Observations mentioned in a following Index and made upon the Bills Of Mortality*”, a essência do método é praticamente a mesma desde então, como é fácil verificar em diversos textos criminológicos. BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 73-84 e GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 8.

do século XVII, Sir William PETTY lançou o “*Essays on Mankind and Political Arithmetic*”, compilando diferentes ensaios sobre as taxas de mortalidade em Londres, Paris, Dublin e Roma e sugerindo políticas públicas a partir dessas notas.⁷⁸ Na mesma época, em 1693, o astrônomo Edmond HALLEY publicou um artigo para a revista “*Philosophical Transactions*” da “*Royal Society*”, no qual apresentava um cálculo sobre base empírica capaz de determinar quanto cada pessoa deveria pagar de seguro de vida conforme a idade, substituindo as famosas tabelas de Ulpiano, em vigor na Europa desde o século III.⁷⁹ Embora a análise de HALLEY fosse de extremo interesse para qualquer administrador (ele ponderava, por exemplo, quantos indivíduos estavam em idade para pagar imposto, servir ao exército, prestes a morrer etc.) consta que o governo inglês não soube aproveitar a contribuição daquele que é considerado por alguns o patrono dos *atuários*, isto é, dos especialistas em matemática *estatística* que sugerem diretrizes de ação após avaliação do *risco* fundado em *probabilidades*.⁸⁰

Mas se por um lado o poder público teve dificuldades em reconhecer imediatamente a importância da ponderação *estatística* nas decisões financeiras,⁸¹ por outro o uso comercial destas técnicas foi rapidamente assimilado. Em sua manifestação mais importante, a aplicação prática da *teoria da probabilidade* deu origem às modernas companhias de seguro, construídas

⁷⁸ PETTY, Sir William. **Essays on Mankind and Political Arithmetic**. Os ensaios revelam a xenofobia do autor, especialmente no que se refere aos irlandeses. O censo conduzido por PETTY em 1679, aliás, tinha fins nada nobres: seu propósito era estimar quanta terra expropriada da Irlanda para ser entregue a Oliver Cromwell. Não se trata de uma exceção: a própria narrativa bíblica acerca das circunstâncias do nascimento do Cristo lembra que os censos são poderosos instrumentos de dominação. O controle colonial também foi o motivo pelo qual a Espanha fez um censo no Peru em 1548 e nas suas terras na América do Norte em 1576. A ideia de que os censos deveriam fornecer dados para adequar as políticas públicas em favor da população foi desenvolvida nos Estados Unidos, que se obrigaram a um censo por decênio já no primeiro artigo da Constituição. Mais em HACKING, Ian. **The taming of chance**, p. 16-17.

⁷⁹ GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 20. As tabelas de HALLEY se embasavam no registro de mortes da cidade de Breslau, na Silésia, atual Wrocław, na Polônia. O astrônomo também estabeleceu em 44% (quarenta e quatro por cento) a probabilidade de uma criança morrer nessa época antes de completar 7 (sete) anos de idade. Mais em BRYSON, Bill. **At home**, p. 481-482.

⁸⁰ É o caso de MEMÓRIA, José Maria Pompeu. **Breve História da Estatística**, p. 14. Por certo, o astrônomo é muito mais conhecido pelo cometa batizado com seu nome, o que só aconteceu após a confirmação da periodicidade de 76 anos do corpo celeste por ele inicialmente estabelecida. Detalhes em BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 85-88.

⁸¹ O que é especialmente irônico porque a etimologia da palavra *estatística* remete a fatos que concernem à condição do *estado*, segundo ROCK, Paul. **Sociological Theories of Crime**, p. 4. A exceção parece ser a Alemanha

com o objetivo fundamental de favorecer a concentração de riqueza a diminuir a chance de perda de capital por força de imprevistos.⁸²

Embora a compra e venda de garantias para certas atividades tenha origem remota⁸³ e fosse prática consolidada no que se refere ao comércio marítimo desde o século XV,⁸⁴ estas formas rudimentares de *securitização* do capital não estão em escala de comparação com a indústria que emergiu entre o século XVII e a primeira metade do XVIII, por obra dos mecanismos para cálculo matemático de expectativas então disponíveis, que sinalizam a emergência da *técnica contábil*,⁸⁵ responsável por realizar os prognósticos mais acurados.⁸⁶

Por conseguinte, foi praticamente no fim do séc. XVII que surgiu na Inglaterra a primeira e mais famosa companhia seguradora do mundo, a “*Lloyd’s of London*”, originalmente apenas mais uma entre as centenas de “*Coffee Houses*” nas quais os comerciantes se reuniam para negociar e conversar sobre as novidades do embrionário mercado global. A casa já era famosa quando em 1697 seu fundador, Edward LLOYD, lançou o “*Lloyd’s List*”, periódico com informações confiáveis sobre comércio internacional, especialmente o relativo às

⁸² Além de desenvolver a indústria do seguro, permitiu ainda, por exemplo, a criação dos hoje conhecidos *contratos aleatórios*, que legitimam a troca de um valor específico no presente em troca de um valor incerto no futuro (a compra antecipada de uma safra, sem saber o resultado da colheita). Prática que foi autorizado pela Igreja, que comparou a moralidade da assunção do *risco* com o trabalho, conforme GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p.3-4.

⁸³ Segundo alguns autores, podendo ser encontrada sob forma primitiva desde 1800 a.C. De fazendeiros e comerciantes interessados em preservar seu patrimônio até artesãos preocupados com suas famílias, a procura por garantia parece constante, cf. BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 92-96.

⁸⁴ Destacando-se na anotação da atividade comercial entre os séculos XV e XVI os mercadores italianos. Entretanto, durante as primeiras fases do capitalismo os ganhos da atividade comercial não eram objeto de controle estrito, de modo que os procedimentos técnicos de contabilidade eram deficitários até o início da Idade Moderna. Por falta de respaldo matemático, o preço do seguro era essencialmente definido em função da experiência acumulada dos mercadores. Ver WEBER, Max. **Wirtschaftsgeschichte**, p. 198-199, §4º, e GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 2-6.

⁸⁵ A *contabilidade* é, para o pensamento de WEBER, a tradução mais exata da exploração capitalista *racional*, idealizada na figura de uma empresa lucrativa que controla sua rentabilidade a partir de estimativas derivadas do moderno cálculo atuarial. Não por outro motivo, o autor define como premissa mais geral do capitalismo moderno a *contabilidade racional* do capital. A adoção da *contabilidade* como critério decisivo da *racionalidade econômica* teria sido necessária diante da especialização da atividade comercial, notadamente para calcular a divisão de rendimentos entre os proprietários das empresas, mas também para dar garantias para obtenção de crédito. WEBER, Max. **Wirtschaftsgeschichte**, p. 198-239, §1-4º.

⁸⁶ Antes considerada uma atividade doméstica, após esse período a *contabilidade* se volta quase que exclusivamente para o comércio. Sua atribuição é mensurar uma empresa, instrumentalizando sua gestão. Se a realização de uma determinada atividade pressupõe, por exemplo, obtenção de crédito, a contabilidade deve ser capaz de estimar com a maior precisão possível a capacidade de pagamento da empresa. WEBER, Max. **Wirtschaftsgeschichte**, p. 200, §4º.

ricas colônias inglesas, e cujos dados chegavam ao conhecimento do público antes mesmo dos canais oficiais, alertando os investidores para as inúmeras oportunidades de negócio, cada dia maiores e mais diversificadas. Aqueles que precisavam de capital para constituir ou queriam assegurar uma empresa iam até o local em busca do dinheiro alheio, geralmente celebrando contratos particulares. A atividade, todavia, era informal; as duas primeiras companhias de seguro só abriram oficialmente em 1720 e, apesar da garantia real de monopólio, a *indústria do seguro* do Império Britânico acabou por se fixar no lugar tradicional onde os corretores – conhecidos pela alcunha de “*Names*” – constituíram em 1771 a “*Society of Lloyd’s*”, dedicando-se precipuamente a assegurar o patrimônio de terceiros.⁸⁷ Assim é que o desenvolvimento da *contabilidade* – ambiente original das *técnicas atuariais* – atendeu à crescente complexidade das operações financeiras que regulam a troca de mercadorias e, simultaneamente, na atribuição de mensurar objetivamente o *risco* de prejuízo e favorecer a especulação comercial, descobriu novas estratégias de investimento que promoveram as relações de produção capitalistas. A grande vantagem da *indústria do seguro*, em comparação com as demais, era que não produzia bens materiais e, por isso, praticamente não imobilizava capital: seu produto é o *risco*, que pode surgir em qualquer lugar. Mas se não há limites técnicos, também não há limites éticos: tudo aquilo que puder ser submetido ao *cálculo atuarial* pode igualmente ser objeto de garantia mediante comercialização de uma apólice.⁸⁸ Como se percebe, desde o início a instrumentalidade é essencial à *lógica atuarial*: seu valor coincide com sua utilidade.

Nada obstante o tremendo sucesso da aplicação comercial da *teoria da probabilidade* e o enorme salto qualitativo proporcionado pela divulgação do trabalho de PASCAL e FERMAT – marco do chamado *período clássico* da

⁸⁷ BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 88-91.

⁸⁸ EWALD, François. **Insurance and Risk**, p. 200. As possibilidades são infinitas no que se refere à possibilidade de *monetização* da vida, como provam as notícias da *securitização* de cabelo, língua, voz, seios, pernas e bunda de “celebridades”.

*estatística*⁸⁹ –, os matemáticos logo perceberam que frequentemente a expectativa definida pela teoria não coincidia exatamente com os resultados obtidos na prática, o que de maneira geral dificultava sua aplicação ampla para problemas concretos, pois no mundo real as chances de determinados eventos não se sujeitam ao rigor aritmético, sucumbindo em maior ou menor grau ao peso do *imponderável*. Logo, saber com que precisão as probabilidades abstratas subjacentes se refletem nos resultados empíricos era tarefa que não podia ser ignorada face ao objetivo de consagrar o uso da *teoria da probabilidade* nas decisões cotidianas.⁹⁰

Mas, necessidade e urgência à parte, só foi possível resolver esta interrogação após o notável aporte feito no início do século XVIII por Jacob BERNOULLI, quando se dedicava a aprimorar os métodos de *inferência* sugeridos por GRAUNT – por ele redefinidos como *conjectura*. À semelhança de seus contemporâneos, o matemático suíço entendia que a análise probabilística era importante demais para ficar restrita à descoberta das chances em jogos de azar ou favorecer o lucro de certas empresas: muito mais do que mero passatempo intelectual ou forma de aquinhoar valores, o cálculo do *risco* deveria estar a serviço de toda a humanidade para *racionalização* das questões mais graves da vida social. O problema era que, como o autor também atinou, neste campo os dados eram sempre incompletos e infinitamente mais complexos, ao

⁸⁹ Cronologicamente demarcado entre os séculos XVII e XIX, ou mais precisamente entre 1660 e 1840. A palavra “*estatística*” viria do alemão “*Statistik*” e teria sido traduzida pela primeira vez para o inglês em 1770. No Brasil, acredita-se que foi introduzida em 1815, a partir do francês, que registrava o termo desde 1785. Institucionalmente, seu reconhecimento como disciplina teria ocorrido na Academia Real Militar, que em seu programa de matemática incluía o estudo do “*cálculo de probabilidades*”, conforme nota do tradutor Diego Alfaro da página 163 da edição brasileira de MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 154.

⁹⁰ Oportuno destacar a distinção inicial aplicada aos termos *probabilidade* e *estatística*; a primeira trata de prognósticos baseados em possibilidades fixas; a segunda, de como inferir essas probabilidades a partir dos dados observados. A primeira seria uma disciplina teórica, acadêmica, e a segunda experimental, mais associada à prática. Contemporaneamente, contudo, os significantes remetem aos dois significados, indistintamente, porque não há *probabilidade* sem *estatística* e vice-versa. A síntese é de MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 109-110. Esta permanente associação com um fim mundano legitimava certo preconceito contra os estatísticos, que seriam inferiores aos cientistas porque se ocupariam apenas de temas supérfluos e menos nobres (especialmente os jogos de azar), uma concepção que só foi modificada vários séculos depois, de acordo com GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 13-19.

contrário do que acontecia com os hipotéticos problemas matemáticos.⁹¹ Além disso, geralmente havia uma importante diferença temporal: se para a maioria das questões puramente teóricas é possível antecipar as chances ao resultado (*risco* calculado *a priori*), ao tratar de problemas concretos normalmente só era possível análise retrospectiva (*risco* calculado *a posteriori*).⁹² Refém da incerteza, no mundo real o cálculo de probabilidades só pode antecipar o futuro se é capaz antes de explicar o presente pelo passado. Não por outro motivo, a suposição do constante retorno é premissa essencial da *lógica atuarial*.⁹³

BERNOULLI soube aproveitar de maneira excelente o trabalho de seus antecessores, entre eles o texto introdutório e específico sobre probabilidade publicado na Europa pelo cientista holandês Christiaan HUYGENS, o “*De ratiociniis in ludo aleae*”.⁹⁴ Nada, entretanto, foi tão importante quanto à utilidade que deu à revolução na matemática produzida por Gottfried LEIBNIZ

⁹¹ Assim, por exemplo, se para um problema abstrato a chance de cada número sair no lançamento de um dado é exatamente de um sexto, na vida real isso só é verdade em grosseira generalização, porque as inevitáveis imperfeições na estrutura do dado real (digamos, o menor peso do lado com a marcação de seis pontos, por ter menos matéria) determinam ligeira e singular alteração do risco. Da mesma forma, definir a exata chance de obter o número 7 no lançamento simultâneo de dois dados honestos só é possível como resposta a um problema abstrato, que deliberadamente ignora fatores inerentes à realidade, tais como a possível assimetria do dado por uso ou defeito de fabricação, a influência da diferença de peso de cada lado provocada pela marcação dos valores, a irregularidade do terreno em que são lançados ou a habilidade do jogador. Mas se nestes casos a influência da realidade parece irrelevante (o que garante a validade do prognóstico) o mesmo não acontece quando o problema trata de fatos sociais. Embora impossível incluir os infinitos elementos, o desafio é selecionar os fatores decisivos dentro da complexidade para evitar simplificações grosseiras que tornem inútil a previsão. Este foi o desafio o Jacob BERNOULLI se propôs. A evidência de que além dos problemas matemáticos abstratos os eventos não acontecem de forma puramente aleatória precedeu a descoberta da “Lei de Banford”, inicialmente postulada por Simon NEWCOMB ao redor do ano de 1881 e depois ratificada em 1938 por Frank BENFORD, embora só provada em 1995 por Ted HILL, no Instituto de Tecnologia da Geórgia. Segundo a lei os algarismos de 1 a 9 não aparecem no cotidiano contábil com a mesma frequência, havendo predomínio dos mais baixos (1, 2, 3...) sobre os mais altos (7, 8 e 9). O governo estadunidense usa a “Lei de Banford” para rastrear possíveis fraudes fiscais e financeiras, porque a manipulação dos dados altera a frequência de *distribuição normal* dos algarismos, como explica MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 83-84 e 91.

⁹² Os riscos para a saúde provocados pelo cigarro não foram avaliados antes de sua comercialização, mas apenas após a associação entre o hábito de fumar e a morte de milhões de pessoas por câncer de pulmão. Inúmeros outros exemplos podem ser dados, no mesmo sentido. Essa é, aliás, uma das principais críticas feitas à teoria da equivalência de condições, ainda o principal critério para atribuição do tipo objetivo de crimes de ação de resultado, como explica CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 117.

⁹³ BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 121.

⁹⁴ GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 3.

ao inventar o *cálculo integral*, resultado da complementação de seu trabalho anterior sobre *cálculo diferencial*.⁹⁵

Sobre ombros de gigantes, portanto, Jacob BERNOULLI foi capaz de lidar com a complexidade imanente aos eventos reais por meio dos conceitos fundamentais de *sequência*, *série* e *limite* para propor a *Lei dos Grandes Números*,⁹⁶ primeiro teorema fundamental da *teoria da probabilidade* e que, na prática, permitiu a investigação estatística a partir de amostragens, reduzindo o trabalho de coleta de dados mantendo um *suficiente* grau de certeza. Seu maior subsídio foi propor o método para encontrar as *margens de erro* de qualquer prognóstico e assim permitir ajustar a experimentação para encontrar um resultado satisfatório nos limites do admissível. Depois dele, e como qualquer estudante de física poderia hoje atestar, sabe-se que coletar dados sem definir *margens de erro* é condenar o experimento à inutilidade, inviabilizando-se a posterior demonstração, pois mais importante do que saber a chance ideal de

⁹⁵ Infelizmente, para LEIBNIZ, este foi um assunto sobre o qual Isaac NEWTON também se dedicou, e que por isso deu origem a uma célebre disputa entre os dois gênios. Certamente, o feito de LEIBNIZ ficou obscurecido diante da inclusão dos fundamentos do cálculo na obra que é considerada o maior livro científico já escrito, o “*Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*” de Newton – mais conhecido apenas como “*Principia*” –, que introduziu ao mundo os fundamentos da física moderna, como lembra MLODINOW, Leonard. *The Drunkard’s Walk*, p. 92-93. Mas disputas com NEWTON à parte, LEIBNIZ foi também um entusiasta da aplicação da emergente *teoria das probabilidades* para fins de governo, sustentando que um Estado forte deveria ter também um forte *departamento de estatística*. Em sua visão, o poder de uma nação poderia ser medido pela capacidade de dirigir suas ações a partir da desapassionada demonstração de cálculo. Propôs, neste sentido, a ideia de uma secretaria central de governo exclusivamente para este fim em 1685, poucos anos depois de William PETTY ter feito semelhante recomendação na Inglaterra, com o objetivo de abastecer com informação precisa os diversos setores sujeitos ao planejamento estatal (militar, mineiro, florestal etc.). Não descartou, aliás, o uso dos censos para fins de repressão, justificando-os como instrumentos poderosos para controlar a população judaica na Prússia. Apesar de seu entusiasmo, a compilação oficial de dados estatísticos só começou em 1719, no reinado de Frederico Guilherme I. Receoso de que seus inimigos pudessem usar os dados para planejar seus ataques, o decreto de 2 de janeiro de 1733 proibiu a publicação dos mesmos, tornando-os segredo de Estado. Mais em HACKING, Ian. *The taming of chance*, p. 17-20.

⁹⁶ Originalmente chamada de *Teorema Áureo* e depois de *Teorema de Bernoulli*, só foi definida como “Lei dos Grandes Números” quase um século depois, pelo matemático francês Siméon Denis POISSON. A teoria é conhecida hoje como *Lei Fraca dos Grandes Números*, de acordo com MEMÓRIA, José Maria Pompeu. *Breve História da Estatística*, p. 15-16 e MLODINOW, Leonard. *The Drunkard’s Walk*, p. 95-96.

resultado é conhecer sua incerteza real, que pode se aproximar muito, mas nunca será igual a zero.⁹⁷

Jacob BERNOULLI redefiniu, assim, *probabilidade* como o grau de certeza de uma assertiva,⁹⁸ colaborando significativamente com o desenvolvimento da física mecânica ao definir os parâmetros válidos para considerar um evento a *determinação causal* de um *efeito* nos casos em que a repetição experimental fosse impossível.⁹⁹ Isso também fez dele o responsável por fundar o ceticismo em relação às conclusões que, iludidas por contínuas repetições, se baseiam em uma quantidade de casos incapazes de demonstrar a verdadeira expectativa subjacente, uma perspectiva enganosa depois chamada ironicamente de *Lei dos Pequenos Números*.¹⁰⁰ Porém, não obstante o progresso decorrente de suas investigações,¹⁰¹ que abriram caminho para todas aquelas que privilegiavam a qualidade sobre a quantidade de dados como forma de atenuar a necessária incompletude e inconsistência das informações, o método que

⁹⁷ A teoria da probabilidade não tem dificuldade em explicar porque ao lançar uma moeda uma única vez a possibilidade de coroa é de 50%, nem de esclarecer porque a quantidade de coroas se aproxima deste número quanto mais lançamentos forem feitos. Entretanto ela não revela qual a variação dos resultados conforme o número de lançamentos. A genialidade de J. BERNOULLI está precisamente em perceber que sem conhecer a risco de erro entre o prognóstico estimado e o resultado real não há como definir o grau de certeza do prognóstico e, portanto, sua utilidade. BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 122.

⁹⁸ Antes desta redefinição o termo descrevia aquilo que tinha aparência de verdade ou era dito por uma autoridade, conforme GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p.7.

⁹⁹ A importância desta descoberta pode ser facilmente ilustrada, no Direito Penal, quando se lembra que a *quase-causalidade* de um *não-agir* na produção do resultado típico é elemento indispensável na imputação dos crimes de resultado praticados por omissão de ação. Mas a *probabilidade próxima da certeza* de que a omissão produziu o resultado típico que legitima a imputação, apesar da ausência de uma relação causal não passa, de qualquer forma, de uma mera “*probabilidade*”. Não por outro motivo, critérios auxiliares ou substitutivos são continuamente pesquisados. Sobre o tema ver e comparar JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p. 665-668, §59, III, n. 1-4, WESSELS, Johannes e BEULKE, Werner. **Strafrecht**, p. 245-246, §16, II, 3, n. 711-712 e, finalmente, TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**, p. 56-61.

¹⁰⁰ Por isso, para BERNOULLI, o “sucesso” das ações humanas não deveria ser avaliado em base aos resultados, que geralmente aparecem em quantidade incapaz de sustentar matematicamente sua correção; antes, as habilidades pessoais deveriam ser objeto de avaliação, medindo-se o homem não pelo resultado, mas pela ação. Explicação em MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk**, p. 98-102. Sobre este ponto recomenda-se o excelente artigo que é referência no tema e que demonstra a imensa falibilidade da maior parte dos experimentos que respaldam suas conclusões sobre uma pequena quantidade de amostras, KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. **Belief in the Law of Small Numbers**, p. 105-110. A contribuição dos autores na aplicação prática da estatística justifica sua analisada mais detalhada adiante.

¹⁰¹ A ponto de um dos maiores matemáticos estatísticos de todos os tempos, Andrey KOLMOGOROV ter afirmado que antes de BERNOULLI a teoria da probabilidade estava em sua pré-história. A nota é de seu conterrâneo SHIRYAEV, Albert Nikolayevich. **Kolmogorov**, p. 874-875.

propunha ainda dependia de uma relativamente grande base de dados, algo especialmente difícil de se conseguir na época.¹⁰²

Mas o importante legado de Jacob para quantificação da incerteza não esgotou a contribuição da família BERNOULLI para a *ciência estatística*. Seu sobrinho Nicolaus II, por exemplo, foi o encarregado de completar sua obra, só publicada oito anos após sua morte, no “*Ars Conjectandi*” de 1713.¹⁰³ Outro sobrinho, de nome Daniel, aproveitou seu conhecimento de matemática para sistematizar o que considerava ser o processo-padrão de decisão racional do indivíduo conforme o *cálculo utilitário*; no ensaio “*Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis*” de 1738 transformou em premissa a afirmação de PASCAL, sustentando que “naturalmente” o homem valoriza muito mais as consequências do evento do que sua probabilidade real para definir o curso de sua ação; deste modo, grandes benefícios justificariam assunção de enormes *riscos* de insucesso. Sobre este pressuposto, sugeriu a estratégia política e comercial fundamental da economia moderna, ao defender que a quantidade de satisfação pela aquisição de um bem é inversamente proporcional à quantidade de bens já possuídos, ideia precursora do futuro conceito de oferta e demanda e pilar do utilitarismo *behaviorista*, chamada de teoria da *utilidade esperada*.¹⁰⁴ Daniel BERNOULLI estabeleceu, assim, um critério moral universal de *razoabilidade* – ou

¹⁰² Vários experimentos foram e são conduzidos para demonstrar a “Lei dos Grandes Números”, sendo um exemplo o esforço do matemático sul-africano John KERRICH, que na década de 40 lançou uma moeda e registrou o resultado por 10 mil vezes, tendo demonstrado que conforme o número de lançamentos aumenta, a probabilidade de sair uma das faces da moeda de fato se aproxima de 50% (no caso, constatou ao final o risco real de 50,67% de sucesso de resultar em cara o lançamento). Mais em MLODINOW, Leonard. *The Drunkard’s Walk*, p. 95-96.

¹⁰³ BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods*, p.100-101.

¹⁰⁴ Assim, arrisca mais aquele que tem menos a perder, porque vê oportunidade onde outros enxergam perigo. A proposta de Daniel BERNOULLI considera, portanto, apostar na loteria uma ação racional, desde que o indivíduo esteja consciente de minúscula possibilidade de ganhar. Afinal, o ser humano privilegiaria em regra a consequência (o expressivo valor do prêmio) sobre o risco (pequeno preço pago do bilhete), subjetivamente compensando mesmo a menor chance de sucesso. Neste sentido, seu conceito de decisão humana racional se opõe àquilo que havia sido antes defendido por ARNAULD, em sua proposta de razão como agir orientado pelas chances reais de determinados eventos – ao invés de sua utilidade. Sem embargo, as duas perspectivas são traduções da natureza humana sob enfoque econômico, diferenciando os sujeitos entre conservadores (que privilegiam a análise do risco) e arrojados (que colocam em primeiro lugar a obtenção de utilidade). BERNOULLI também teria sugerido o conceito de capital humano, como valor que o homem pode gerar por seu próprio esforço e inerente à condição humana. Debate e contexto estão postos em GIGERENZER, Gerd *et alli*. *The Empire of Chance*, p. 14-19 e BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods*, p.109-115.

racionalidade prática – que só foi objetivamente contestado cerca de duzentos e cinquenta anos mais tarde.¹⁰⁵

Paralelamente aos avanços dos BERNOULLI, as empresas seguradoras já dispunham de uma fortuna que lhes dava condição de patrocinar seus próprios estudos em *estatística*, a fim de melhorar ainda mais a rentabilidade de seus negócios. Assim, em 1771 o clérigo e ativista político Richard PRICE publicou o “*Observations on Reversionary Payments*” como síntese dos estudos encomendados pela companhia de seguro “*Equitable Society*”,¹⁰⁶ no qual lançou mão da *técnica contábil* mais recente para estabelecer a expectativa de vida da população inglesa da época. Por este trabalho, ele é considerado pelos ingleses o fundador da *ciência atuarial* contemporânea, deixando por legado a famosa *Tabela Price*.¹⁰⁷ Sua mais importante contribuição para a ciência, contudo, foi publicar o curto ensaio do conterrâneo colega religioso Thomas BAYES,¹⁰⁸ que promoveu um avanço extraordinário ao criar um sistema que permitia descobrir o grau de incerteza de uma medição sem conhecer o resultado real, fundando propriamente o campo teórico da *inferência estatística*.¹⁰⁹ A partir dos estudos de Abraham DE MOIVRE, analisados a seguir, BAYES formulou aquilo que depois ficou conhecido como *probabilidade epistemológica* ou *Bayesiana*.¹¹⁰ Em virtude da técnica por ele desenvolvida, tornava-se possível agregar novos dados aos já registrados, simultaneamente economizando recursos – ao aproveitar pesquisas anteriores – e fortalecendo as conclusões – pelo aumento na quantidade de informações.¹¹¹

¹⁰⁵ GIGERENZER, Gerd *et alli*. **The Empire of Chance**, p. 15.

¹⁰⁶ Notório defensor da liberdade de religião, consta que PRICE era um bom amigo de Benjamin Franklin, conforme MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk**, p. 109-110.

¹⁰⁷ Ironicamente, segundo BERNSTEIN, a estimativa de PRICE estava contaminada por graves erros metodológicos, na maioria decorrente da falta de inclusão de dados essenciais, que acabaram por definir uma expectativa de vida muito menor do que a real. Sobre seu erro floresceu a companhia de seguros que o contratou, enquanto o Tesouro inglês – que adotou a mesma tabela para determinar o valor das pensões – sofreu pesadas perdas. BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 131.

¹⁰⁸ Mais sobre o importante legado científico dos clérigos (párocos e reitores) ingleses do século XVIII no interessante e despretensioso relato de BRYSON, Bill. **At home**, p. 17-18.

¹⁰⁹ PRICE, Richard. **An Essay towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances**, p. 370-418. Vale lembrar que em termos práticos o pioneiro foi John GRAUNT, como visto acima.

¹¹⁰ Ou, ainda, “probabilidade condicional”, conforme MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk**, p. 105.

¹¹¹ BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p.131-133.

A contribuição de BAYES se estruturou, como antecipado, sobre o método para estimar o número de sucessos após várias repetições de eventos iguais e independentes descoberto por Abraham DE MOIVRE, apresentado em 1738 na obra “*The Doctrine of Chances*”.¹¹² Ao antecipar que, dada a imprecisão necessária dos dados coletados, haveria uma distribuição regular de erros em qualquer medição, reduziu substancialmente a quantidade de amostras necessárias exigidas nas primeiras versões da *Lei dos Grandes Números* para estabelecer probabilidades com suficiente grau de certeza.¹¹³ Com isso, fundou as bases para a *Lei de Erros* a partir da descoberta da regularidade universal do *desvio padrão* – que define as *margens de erro* das pesquisas de opinião contemporâneas – apresentando ao mundo a famosa projeção gráfica conhecida como *distribuição normal* ou *curva em forma de sino* (“*bell curve*”), facilitando enormemente a aplicação do *cálculo atuarial*; pois se o preenchimento de dados no plano cartesiano produzisse uma curva parecida com um sino, isto significaria que eles foram todos obtidos de forma independente, e vice-versa. Hoje o *teorema de Bayes* é fundamental em diversos campos, que vão da previsão do tempo a pesquisas no campo da genética, passando pela interpretação da datação de radiocarbono, projeção das flutuações no mercado de ações e análise sociológica.¹¹⁴

¹¹² O texto enfrenta diferentes problemas matemáticos, todos relacionados ao cálculo de probabilidades, após os quais se apresentam as conclusões parciais. A última parte foi dedicada à aplicação prática da “doutrina das chances” para estabelecer o valor das contribuições anuais conforme a expectativa de vida, como se lê em DE MOIVRE, Abraham. **The Doctrine of Chances**, p. 261- 328.

¹¹³ Junto com o desvio padrão, este conceito compõe a lei de médias, presente em todas as técnicas contemporâneas para pesquisa estatística e definição do risco, conforme BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p.124-128.

¹¹⁴ Atualmente, referir-se a “*bell curve*” nas ciências sociais tende a remeter ao polêmico livro de Charles MURRAY e Richard HERRNSTEIN, que se dedicaram a medir a *distribuição normal* do quociente de inteligência (QI) e relacioná-la a questões como empregabilidade, cidadania, escolaridade etc. No estudo, baixa pontuação no QI foi relacionada à prática de crimes e fracasso profissional e a herança genética foi apresentada como fator determinante de variações na pontuação média. No famoso capítulo 13, os autores indicam que tal determinação é para pior no que se refere à raça negra. O livro foi, por isso, acusado de promover o racismo, mediante fundamentação considerada pseudocientífica, valorizando um conceito de inteligência culturalmente determinado e aproveitando dados de pesquisas sabidamente dirigidas à estigmatização dos negros. Em um curto “*Afterword*” na edição de 1995, o mais conhecido dos autores tenta se desvencilhar destas acusações, apelando para a neutralidade científica. Na ordem de referência, vide HERRNSTEIN, Richard J. e MURRAY, Charles. **The Bell Curve**, p. 235-251, 269-315 e 553-575.

Neste efervescente período para a matemática, que entre outros eventos presenciou a refutação da geometria euclidiana,¹¹⁵ o alemão Carl Friedrich GAUSS também colaborou para o reconhecimento formal de que a *curva em forma de sino* descreve corretamente a distribuição de erros em uma medição no plano cartesiano; não por outro motivo, ela é bastante referida como *distribuição gaussiana*.¹¹⁶ Partindo de suas pesquisas no campo da agrimensura e da mecânica dos movimentos planetários, o *príncipe da matemática* ainda definiu o procedimento do *método dos mínimos quadrados* para encontrar o valor mais provável diante de uma enorme série de números.¹¹⁷

A verdade é que DE MOIVRE é pouco reconhecido por seus feitos, tanto que seu teorema é mais conhecido como *De Moivre-Laplace* pelas contribuições posteriores do astrônomo francês Pierre-Simon LAPLACE, que no início do século XIX – e a partir do trabalho de GAUSS – generalizou a conclusão em seu *Teorema do Limite Central*, segundo o qual qualquer soma ou média de variáveis aleatórias tem, para um grande número de termos, uma distribuição aproximadamente *normal*.¹¹⁸ A fórmula mais conhecida de seu sistema à regra de sucessão e suas descobertas estão sintetizadas na obra “*Théorie Analytique des Probabilités*”, de 1812, antecédida pela introdução na qual apresenta, explica e dá exemplos sucintos sobre os princípios fundamentais da estatística. Para o autor, que demonstrou grande capacidade de adaptação nos diferentes cenários políticos nos quais viveu, as questões mais importantes da vida não são, na maioria dos casos, outra coisa exceto problemas de *probabilidade*. Em uma

¹¹⁵ Mais sobre conquistas técnicas do período em HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**, p. 390.

¹¹⁶ MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk**, p. 138-144.

¹¹⁷ GAUSS é considerado por muitos o mais brilhante matemático do século XIX. Responsável, entre outros inúmeros feitos, pela fundamentação do grupo dos números imaginários (*i*) e avanços na geometria não-euclidiana. Outras informações em BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**, p. 135-142.

¹¹⁸ MEMÓRIA, José Maria Pompeu. **Breve História da Estatística**, p. 17-18. LAPLACE é descrito como um dos cientistas que melhor incorporou a ideologia liberal-burguesa, especialmente no que se refere ao desprezo pela religião. É celebre, nesse sentido, a anedota de seu suposto encontro com Napoleão, quando à pergunta sobre o “lugar de Deus” em sua descrição da mecânica celeste teria respondido “não tenho necessidade de tal hipótese”. Cena e contexto em HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**, p. 304. Quanto ao seu compromisso com si próprio antes de qualquer causa política, basta ver que, se por um lado a edição de 1812 do “*Théorie Analytique des Probabilités*” foi dedicada a “Napoleão, o Grande”, a de 1814 – posterior à restauração dos Bourbon – ataca seu antigo protetor afirmando que a probabilidade da queda de impérios que aspiram ao domínio universal é bastante previsível. A informação é de MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk**, p. 123.

verdadeira ode ao positivismo científico, LAPLACE descartou a incerteza e a finalidade como princípios da ação, reduzida ao seu aspecto mais importante: a *regularidade*, afirmada em todas as escalas da existência, do *micro* ao *macrocosmo*. Demonstrando a utilidade da aplicação do *cálculo atuarial* a temas abstratos e concretos da vida cotidiana, é especialmente interessante sua discussão sobre a atividade dos tribunais em casos criminais, recomendando que apenas uma decisão colegiada por maioria expressiva – 9 (nove) entre 12 (doze), por exemplo – possa condenar ou ratificar sentenças condenatórias, diante da grande probabilidade de erro em juízos monocráticos.¹¹⁹ Junto com a *Lei dos Grandes Números*, o *Teorema do Limite Central* expressa o resultado mais famoso da *teoria da aleatoriedade* e de 1830 em diante seu prestígio autorizou a tentativa de estender a aplicação da *Lei dos Erros* além das ciências físicas, para fundar uma nova ciência social.¹²⁰

No entanto, se por um lado a base teórica dos mecanismos para *cálculo atuarial* hoje utilizada remete essencialmente o que foi desenvolvido pela matemática – e notadamente entre a segunda metade do século XVII e primeira do XVIII –, por outro o uso contemporâneo das análises de *risco* nas mais diversas áreas do conhecimento humano não seria possível sem a incorporação desta *racionalidade* por especialistas em outras áreas, que contribuíram para a extensão de sua legitimidade – de decisões individuais à definição de políticas públicas.

De fato, paralelamente ao desenvolvimento teórico do tema, os mais diversos comportamentos sociais passaram a ser medidos conforme padrões de *regularidade* para fundamentar políticas de controle em países imperialistas. Para ilustrar, basta ter em conta que a incorporação de dados censitários para mensurar e definir as ações estatais já era tradicional na Prússia quando o primeiro censo populacional da Grã-Bretanha foi conduzido, em 1801; orientando-se conforme os padrões técnicos exigidos pela *dominação burocrática*, as autoridades policiais e judiciais inglesas começaram a sistematizar os dados relativos às suas

¹¹⁹ LAPLACE, Pierre Simon. *Théorie Analytique des Probabilités*, p. V-CLIII.

¹²⁰ Conforme MLODINOW, Leonard. *The Drunkard's Walk*, p. 145-146.

atividades desde 1830. Na França, uma obsessão pela coleta de dados que começa no período napoleônico tomou conta do país: agências oficiais mobilizaram-se em busca de constantes no mundo social e os cientistas rapidamente descobriram, para seu assombro, que embora o comportamento individual seja fundamentalmente imprevisível, uma vez redefinido o objeto de estudo para uma grande quantidade de pessoas a estabilidade de seu comportamento é notória, quase sempre reproduzindo a *distribuição normal*.¹²¹ Trata-se de um dos mais importantes passos na constituição daquilo que foi definido antes como *gerencialismo*, ou a *racionalidade* por trás das estratégias para *gestão eficiente* da população; dirigida para o controle do corpo social, visto como um todo, a incorporação da *ciência estatística* pelos órgãos governamentais sinaliza o nascimento da *biopolítica*.¹²²

Ainda neste sentido, o processo de *desencantamento do mundo* que caracteriza o avanço da *racionalidade burocrática* é em sua maior parte tributário ao desenvolvimento e infiltração da *técnica estatística*, dada sua capacidade de lidar com o que outrora era repugnante ou moralmente desviante; basta pensar seu impacto sobre questões como a loucura, o suicídio, o divórcio e, é claro, a *criminalidade*.¹²³ No que se refere especificamente às ciências criminais, aliás, o uso da *estatística* para identificação de suas determinações e orientação de políticas públicas de segurança remonta à Europa do século XIX, quando a possibilidade de generalização dos padrões de comportamento social e a definição de prognósticos seguros a partir dessa avaliação global já estavam consolidadas e eram exploradas cotidianamente pelo setor privado, sobretudo pelas companhias de seguro. Destacou-se, nesta atribuição, o belga Lambert Adolphe Jacques QUETELET, um *atuário* por definição e precursor da aplicação

¹²¹ ROCK, Paul. **Sociological Theories of Crime**, p. 4. As diferenças epistemológicas das aproximações à *estatística* na Prússia (e depois, Alemanha) França e Inglaterra em HACKING, Ian. **The taming of chance**, p. 39-46.

¹²² Vide HACKING, Ian. **The taming of chance**, p. 21-22. A formulação original e sintética de *biopolítica* em FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité**, p. 186-188.

¹²³ É exemplo a profunda mudança no modo pelo qual se estuda o suicídio na Europa, de uma patologia para um fato social corriqueiro e relativamente estável. A conclusão, que no início do séc. XIX envolvia uma disputa no terreno da moralidade entre França e Inglaterra, é considerada predecessora de uma *sociologia numérica*, orientada essencialmente pelas *leis da probabilidade*, e da qual seriam herdeiros diretos e indiretos Adolphe QUETELET, Augusto COMTE, Francis GALTON e Émile DURKHEIM. Vide HACKING, Ian. **The taming of chance**, p. 64-72.

da *teoria da probabilidade* na investigação de fenômenos sociais, especialmente da *criminalidade*.¹²⁴ Tamanha sua importância aqui que alguns autores chegam a considerá-lo o verdadeiro precursor da *Criminologia*,¹²⁵ apesar da força do *mito lombrosiano*.¹²⁶

Embora tenha começado sua carreira acadêmica na geometria, após conhecer o matemático Joseph FOURIER durante um período de estudos em Paris e profundamente influenciado pelo trabalho seminal de Thomas MALTHUS,¹²⁷ QUETELET decidiu dedicar sua energia na aplicação das ferramentas matemáticas da astronomia aos dados sociais, especialmente sobre o registro da atividade criminosa que o governo francês passou a publicar em 1827. A análise deste material e suas reflexões foram publicadas nos dois volumes do “*Sur l’homme et le développement de ses facultés, ou Essay de Physique Sociale*” de 1835, sendo suas ideias muito bem recebidas em toda a Europa.¹²⁸

O objeto da pesquisa do pesquisador belga eram as causas naturais e forças sociais¹²⁹ determinantes das faculdades físicas e psíquicas do homem. Para ele resistência orgânica, fecundidade, altura, força, agilidade, inteligência, sanidade psíquica, enfim, todos os atributos humanos – inclusive o *comportamento desviante* – expressariam o efeito de relações causais que

¹²⁴ HOBBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*, p. 392.

¹²⁵ É a opinião, por exemplo, sintetizada em BEIRNE, Piers. *Adolphe Quetelet and the Origins of Positivist Criminology*, p. 1140-1169.

¹²⁶ “Mito” que, cada vez mais, perde força entre especialistas. Paradigmático, nesse propósito, o famoso e já quase centenário artigo em coautoria de Alfred LINDESMITH, que denuncia as pesquisas de Cesare LOMBROSO como anacrônicas na própria época em que foram realizadas, tendo eclipsado as contribuições anteriores pela afinidade de sua teoria com o *darwinismo* emergente no período. Mais em LINDESMITH, Alfred e LEVIN, Yale. *The Lombrosian Myth in Criminology*, p. 653-671.

¹²⁷ A referência, por óbvio, é principalmente pela célebre obra MALTHUS, Thomas. *An Essay in the Principle of Population*.

¹²⁸ MLODINOW, Leonard. *The Drunkard’s Walk*, p. 155-156.

¹²⁹ Importante ressaltar que o autor não utilizava a expressão *forças sociais*, mas *forças morais* (“*forces morales*”) para referir-se às determinações não naturais do comportamento e de características do ser humano. A possibilidade de estudar as leis que regulam essas forças, contudo, dependeria de sua relativa estabilidade, interessando apenas as interferências duradouras (“*perturbations seculares*”) e suscetíveis de isolamento das forças naturais. A escolha pela expressão se justifica, nesta perspectiva, diante da especificidade do significado de moral na ciência contemporânea. A explicação do termo está em QUETELET, Adolphe. *Sur l’homme et le développement de ses facultés, ou Essay de Physique Sociale*, Vol. 1, p.16-20.

poderiam ser descobertas mediante criteriosa observação e análise *estatística*.¹³⁰ Totalmente aderente ao paradigma positivista, seu método reclamava a obliteração do particularismo e do acidental, condição necessária para o desvelar de um hipotético *homem médio* (“*l’homme moyen*”), protótipo que serviria como parâmetro de comparação universal na identificação dos prováveis elementos determinantes da condição humana.¹³¹

Neste sentido, as leis da física social que buscava descobrir não se destinavam a explicar o indivíduo em sua singular complexidade, mas as *regularidades do corpo social*: quanto maior o número de pessoas sob análise, tanto maior a previsibilidade de suas características e ações, de tal modo que uma grande base de dados tornava os prognósticos em relação à sociedade suficientemente seguros como para definir políticas públicas em prol do equilíbrio social. Não é de estranhar, portanto, o fato de o autor dedicar a parte final de sua obra à defesa do regime político liberal e de programas de saúde, educação e cultura para promover o pleno desenvolvimento das faculdades humanas como estratégia mais geral de prevenção da *criminalidade*.¹³²

Ao pormenorizar a maneira pela qual os dados relativos a fatos sociais se desviavam da média conforme a *Lei dos Grandes Números*, QUETELET foi o grande responsável por apresentar o aparente *continuum* das atividades humanas, que vistas de modo mais amplo reproduziam a *curva em forma de sino* da *distribuição normal*, tanto no que se refere a ações premeditadas quanto espontâneas.¹³³ A confiabilidade dos padrões de *aleatoriedade* em relação a

¹³⁰ Somente a vaidade, sustentava o autor, seria capaz de explicar a resistência à ideia de determinações objetivas sobre as faculdades humanas, uma vez que a rigorosa análise estatística não deixava dúvida sobre a existência e natureza destas relações. QUETELET, Adolphe. **Sur l’homme et le développement de ses facultés, ou Essay de Physique Sociale**, Vol. 1, p.1-20.

¹³¹ O autor enfatizava a previsibilidade do crime na sociedade ao compará-lo a um tributo, solenemente pago pelo homem e mais certo que o devido à natureza ou ao Tesouro nacional. Ilustrava sua afirmação uma tabela que indicava a relativa manutenção da quantidade de homicídios na França entre 1926 e 1931 (média de 234 por ano). Neste sentido, o culpado não era outra coisa que mero instrumento de execução das determinações sociais do crime, e por isso mais digno de piedade do que censura. QUETELET, Adolphe. **Sur l’homme et le développement de ses facultés, ou Essay de Physique Sociale**, Vol. 1, p.7-13 e 16.

¹³² QUETELET, Adolphe. **Sur l’homme et le développement de ses facultés, ou Essay de Physique Sociale**, Vol. 2, p. 250-327.

¹³³ Não por outro motivo, o exemplo cabal para demonstrar essa regularidade era o homicídio, que pode ser passional ou premeditado, intencional ou acidental. Ver QUETELET, Adolphe. **Sur l’homme et le développement de ses facultés, ou Essay de Physique Sociale**, Vol. 1, p. 7 e Vol. 2, p. 164-247.

certas atividades sociais permitia, assim, descobrir delitos, fraudes, ou manipulações quando esta *regularidade* não se reproduzia, aumentando-se o poder de controle.¹³⁴ A instabilidade social era, portanto, definida como defeituosa, ou patológica, porque determinada por interferências externas, revelando-se aqui uma crítica implícita contra as influências do *pensamento estrangeiro* nas agitações sociais.

É grande a lista de seus admiradores. Um de seus discípulos mais entusiásticos foi o historiador positivista Henry Thomas BUCKLE, que no primeiro volume da colossal “*History of Civilization in England*” defendeu a necessidade das leis da física natural para fundamentação da história face à comprovada *regularidade* das ações humanas, inclusive aquelas consideradas essencialmente imponderáveis, contando para isso com a *ciência estatística*, mesmo que ainda em sua infância.¹³⁵

Outro ilustre personagem que se dedicou ao tema foi Francis GALTON, que aplicou os mesmos princípios à biologia, no que inaugurou uma tradição. Primo de Charles DARWIN, e por ele encorajado a estudar matemática, o autor ficou mais conhecido por sua pesquisa no campo por ele fundado da *Eugenia*, destinado a acelerar o processo de seleção natural mediante intervenção humana.¹³⁶ Obcecado por medições, acumulou tamanha quantidade de dados referentes às mais diversas partes da anatomia humana que deixaria enrubescido mesmo o mais diligente criminólogo positivista, destacando-se neste ponto sua

¹³⁴ O sucesso deste mecanismo pode ser atestado pelo fato de a chamada “*anomalia de Quetelet*” ser utilizada com o mesmo fim na “economia forense” de governos atuais. MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 157-160.

¹³⁵ Enaltecendo o pioneirismo de Augusto COMTE nesse sentido, o autor compara a ingenuidade da doutrina do livre-arbítrio para explicar decisões individuais com o apelo ao acaso do destino para explicar fatos históricos, como se lê na introdução geral à obra de BUCKLE, Henry Thomas. **History of Civilization in England**, p. 2-33.

¹³⁶ Como explica o próprio, por *eugenia* entende-se o método (ou a *ciência*) de promover qualidades pré-definidas em uma espécie para impedir sua decadência e aprimorá-la. Vide GALTON, Francis. **Inquiries into human faculty and its development**, p. 17, nota 1. Uma perspectiva crítica sobre o tema no excelente documentário do diretor sueco COHEN, Peter. **Homo Sapiens 1900**.

contribuição para a *criminalística* ao descrever procedimentos para coleta, identificação e uso de impressões digitais.¹³⁷

No estudo sobre as características transmitidas pela hereditariedade,¹³⁸ GALTON definiu o conceito de *regressão à média* ao perceber que a união de seres com determinada característica em comum não produzida necessariamente uma amplificação desta em seus sucessores mas, antes, tendia a retornar ao ponto médio da *distribuição normal* da espécie, embora nunca na exata medida do termo central. Por força deste fato, o processo de reprodução de uma espécie permanecia relativamente sob controle, assegurando a permanência do núcleo de características que a tornavam adaptadas ao ambiente.¹³⁹ O pesquisador inglês também definiu um *índice estatístico* para descrever a consistência dessas relações chamado *coeficiente de correlação*, o qual entre os limites de ± 1 (mais ou menos um), define um maior nível de relação entre variáveis à medida que se distancia do 0 (zero), sendo esta hoje uma categoria fundamental da moderna *estatística*. Entusiasmado por seu legado, um de seus principais discípulos e cofundador da Revista “*Biometrika*” de nome Karl PEARSON fez enormes contribuições na matéria, especialmente ao elaborar o teste de hipóteses do *qui-quadrado*, que permite determinar em que medida um conjunto de dados está desviado da distribuição que corresponde às expectativas subjacentes.¹⁴⁰

É por volta deste período que, segundo uma cronologia praticamente unânime, os especialistas apontam o fim do período clássico da *estatística*, embora sem negar a extensão da influência de QUETELET e GALTON sobre pesquisadores mais recentes, tendo modificado substancialmente os rumos da

¹³⁷ Justificado, em parte, pela necessidade de identificação dos “muito semelhantes” chineses das colônias britânicas, o autor também atacou o método antropométrico do franco-suíço Alphonse BERTILLON para identificar criminosos diante de sua complexidade e substancial margem de erro. Ver GALTON, Francis. **Fingerprints**, p. 147-169. No Brasil o trabalho de GALTON é normalmente obliterado diante da estatura da contribuição do croata naturalizado argentino Juan VUCETICH.

¹³⁸ Vide GALTON, Francis. **Hereditary Genius**, p. 363-376.

¹³⁹ Exposição do próprio em GALTON, Francis. **Statistics by Intercomparison**, p. 33-46.

¹⁴⁰ Uma aplicação fundamental da chamada *análise de regressão*. Embora tenha escritos vários textos, sua principal contribuição é o conjunto de artigos (a maioria diretamente relacionada a temas da biologia) escritos para as “*Gresham Lectures*”, sendo 18 deles publicados na Revista “*Philosophical Transactions*” da “*Royal Society*”, sob o título geral de “*Contributions to the mathematical theory of evolution*”, mas com diferentes subtítulos. Detalhes em YU, Chong Ho. **History of Science and Statistical Education**, p. 3-4.

física experimental ao servir de estímulo para cientistas do porte de James Clerk MAXWELL, Ludwig BOLTZMANN e Albert EINSTEIN, que em 1905 utilizou a estatística para explicar a força aparente que em escala microscópica movimentava partículas orgânicas e inorgânicas, fenômeno conhecido como movimento *browniano*. A descoberta de EINSTEIN de que a explicação para este movimento da matéria escapa das relações de causalidade para se identificar com padrões de *aleatoriedade* foi mais uma de suas geniais contribuições para o conhecimento humano, que modificou desde então toda a compreensão do *microcosmo*.¹⁴¹

Na verdade, o ocaso do chamado *período clássico* está bem delimitado pelo conjunto de contribuições dadas por um dos maiores estatísticos de todos os tempos, o originalmente biólogo, rival de Karl PEARSON e igualmente entusiasta do ideal eugênico Ronald Aylmer FISHER,¹⁴² que em 1920 definiu o *teste de significância*, procedimento formal que verifica a validade de uma hipótese diante de ligeira distorção da *distribuição normal* construída em base a poucos dados.¹⁴³ Além de inaugurar o uso do termo *variância* e introduzir o conceito de *modelo estatístico* em 1922, FISHER abriu caminho para avanços expressivos nos modelos para *inferência estatística*.¹⁴⁴ Por volta da década de 30 do século XX suas categorias já autorizavam a se falar em uma autônoma *teoria pura da probabilidade*, cuja estruturação também deve muito ao trabalho de toda uma geração de matemáticos soviéticos. Entre eles destaca-se o nome de Andrei Nikolaevich KOLMOGOROV, que em 1933 redefiniu *probabilidade* como *conjunto de funções* (“*set-function*”),¹⁴⁵ tendo introduzido o novo instrumental

¹⁴¹ MLODINOW, Leonard. *The Drunkard's Walk*, p. 167-170.

¹⁴² Breve síntese de suas aspirações neste último campo, ainda quando um autor relativamente desconhecido, em FISHER, Ronald. *Some Hopes of a Eugenist*, p. 309-315. Para uma curta biografia, YU, Chong Ho. *History of Science and Statistical Education*, p. 4-5.

¹⁴³ Se a probabilidade de obter o resultado efetivamente obtido *se* a hipótese postulada for verdadeira é baixa, então é preciso rejeitar a hipótese. De outra sorte, se tal resultado é bastante provável supondo a correção da hipótese e ele for efetivamente obtido, pode-se considerar a hipótese verdadeira. Explicação, com exemplos, em MLODINOW, Leonard. *The Drunkard's Walk*, p. 172-174.

¹⁴⁴ Um de seus mais célebres trabalhos é o curto ensaio introdutório, FISHER, Ronald. *The Correlation between Relatives on the Supposition of Mendelian Inheritance*, p. 399-433.

¹⁴⁵ Detalhes em GIGERENZER, Gerd *et alli*. *The Empire of Chance*, p. 109-115.

para identificação de dependência variável, que posteriormente redundou nos famosos *axiomas de Kolmogorov*.¹⁴⁶

Em termos de aplicação da *estatística* em ciências sociais, entretanto, interessa mais a cooperação de Daniel KAHNEMAN e Amos Nathan TVERSKY na *heurística*, ou campo que se refere aos atalhos utilizados pelos indivíduos para avaliar padrões, definir probabilidades e fazer julgamentos em base a eles. Em diferentes obras, os autores constataram que a percepção humana da *aleatoriedade* – especialmente sob a forma de *risco* – geralmente é equivocada, levando a supor padrões onde eles não existem e ignorá-los quando estão presentes.¹⁴⁷ Carentes de instrumentos precisos para aferição do *risco* real de cada decisão, os seres humanos normalmente são vítimas dos chamados *vieses* da *heurística*, sabidamente utilizados pela *indústria do seguro e de apostas* para aumentar seus ganhos, criando uma falsa sensação de insegurança.¹⁴⁸

KAHNEMAN e TVERSKY são atualmente considerados os principais nomes da disciplina da psicologia cognitiva denominada “*decision making*” (“*tomada de decisão*”), definindo critérios objetivos para corrigir a adequação das decisões ao *risco* real de sucesso (ou fracasso) e, com isso, opondo o modelo descritivo da teoria da *utilidade esperada* – fiel da balança do *homo œconomicus*

¹⁴⁶ Sendo marco para o mundo ocidental, na qual ele inicia a teoria dos processos aleatórios, a obra KOLMOGOROV, Andrey Nikolaevich. **Foundations of the Theory of Probability**. O autor avançou por diversos campos de estudo: da teoria da poesia e estatística da literatura até a composição de livros didáticos para formação fundamental em matemática. A lista completa de publicações, precedida por um curto resumo biográfico em SHIRYAEV, Albert Nikolayevich, **Kolmogorov**, p. 866-964.

¹⁴⁷ Um fenômeno muito comum no mundo dos esportes, onde sequências de bons resultados individuais ou em grupo levam à ideia de “boas” e “más” fases de atletas ou equipes, quando na verdade são apenas resultados aleatórios que, por aparecerem em uma série reduzida e superestimada, dão a ilusão de estarem submetidos a uma regularidade. Rechaçada pela “*Lei dos Pequenos Números*”, o mesmo raciocínio também serve para contestar a “falácia do jogador”, segundo a qual após uma série “boa” ou “ruim” de tentativas, outra série respectivamente “ruim” ou “boa” se seguirá, como forma da compensação. Este tema foi exposto de forma concisa e com precisão no trabalho conjunto de GILOVICH, Thomas; VALLONE, Robert e TVERSKY, Amos. **The Hot Hand in Basketball**, p. 295-314.

¹⁴⁸ MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 176-179.

desde a época de Daniel BERNOULLI – à teoria das *expectativas*.¹⁴⁹ Parte das conclusões dos dois pesquisadores se apoiou sobre os esforços prévios de Harry MARKOWITZ, que já havia posto em dúvida os fundamentos da teoria da *utilidade esperada* ao verticalizar os argumentos expostos em um curto estudo de Milton FRIEDMAN e Leonard SAVAGE,¹⁵⁰ embora sem demonstrá-lo de maneira definitiva.¹⁵¹

De qualquer forma, a metodologia que fundaram contribuiu para transformar a *administração* em *gestão do risco* (“*risk management*”), uma noção que, inicialmente desenvolvida para lidar apenas com questões comerciais, progrediu do mundo dos negócios para o campo militar e de lá para as políticas públicas domésticas, espaço que frequenta desde a década de 60 e que, como se verá mais adiante, redefiniu o significado concreto do exercício da jurisdição penal nos Estados Unidos.¹⁵²

Fato é que, diante da nova informação acerca da orientação diante de decisões que envolvem *risco calculado*, o Mercado começou a propor estratégias de diversificação na oferta de *utilidades* adequadas aos diferentes padrões de *racionalidade* dos consumidores, revolucionando o sistema financeiro. Ainda neste âmbito, a última grande contribuição da *teoria da probabilidade* na economia mundial se refere ao uso de *derivativos*, conceito que se desenvolve

¹⁴⁹ Trabalho mais conhecido e segundo artigo mais citado entre economistas norte-americanos entre 1975 e 2000, o texto revela como os efeitos da *certeza* (aumento substancial da aversão ao *risco* em decisões que contém ao menos uma hipótese de ganho certo) e do *isolamento* (refutação deliberada de elementos de *risco* comuns a todas as alternativas para dar preferência a apenas uma) violam a teoria da *utilidade esperada*, segundo a qual uma maior chance de sucesso legítima uma maior assunção de *risco*. A conclusão é de que critérios formais de decisão sucumbem diante da probabilidade de sucesso certo, exceto nos casos em que ela é muito baixa (ou seja, nos casos em que a chance de sucesso é muito pequena, as pessoas normalmente preferem uma maior assunção de *risco*), destacando-se ainda que a (frequente) falsa percepção da baixa probabilidade de certos eventos acaba por favorecer os negócios que exploram estas minúsculas possibilidades de ganho, como a indústria dos seguros e de apostas. Descrição do método e provas em KAHNEMANN, Daniel e TVERSKY, Amos. **Prospect Theory**, p. 263-291. Seis anos após a morte de TVERSKY, em 2002, KAHNEMANN recebeu o prêmio Nobel de Economia por suas contribuições em coautoria.

¹⁵⁰ FRIEDMAN, Milton e Leonard J. SAVAGE. **The Utility Analysis of Choices Involving Risk**, p. 279-304. Os autores refutam a possibilidade de plena generalização da teoria de *utilidade esperada* para casos que envolvem opções com e sem *risco*. Uma das evidências seria o fato de pessoas com poucos recursos adquirem seguros, decidindo-se pela perda certa de receita (mediante pagamento da apólice) apesar da improvável chance de ganho. A perspectiva é fundamentalmente economicista, o que se verifica diante da definição de indivíduos ou famílias como *unidades consumidoras* (“*consumer units*”).

¹⁵¹ Como o próprio autor afirma, em MARKOWITZ, Harry. **The Utility of Wealth**, p. 151-158.

¹⁵² FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 435.

entre as décadas de 70 e 90 e que se torna central para a especulação *rentista* sem precedentes do capitalismo ocidental no início do século XXI. A negociação de *derivativos* nas bolsas de valores, aliada à ganância de setores do mercado financeiro, é hoje apontada como principal responsável pela recente crise econômica de 2008, cujos efeitos repercutem até a data presente.

Sem que outros autores se mostrem indispensáveis para a análise que segue, encerra-se assim a breve digressão histórica sobre origem e desenvolvimento da *lógica atuarial*, na dimensão mais específica do processo de infiltração epistemológica nas ciências humanas, especialmente aquelas com vocação instrumental para o controle *biopolítico*.

Logo, no que se refere ao objeto da Tese, interessa agora apresentar o momento e os principais responsáveis por operacionalizar a incidência da matemática *estatística* sobre o sistema de justiça criminal, dando origem ao atual modelo de *gestão da criminalidade* sob o paradigma do *risco*, melhor representado pela *Política Criminal Atuarial*.

1.2. A origem da aplicação sistemática da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal: a disciplina das “*Parole Boards*”

Como visto, ainda em pleno séc. XIX a *ciência estatística* já fundamentava novas teorias criminológicas, contribuía para o crescente prestígio da *criminalística* nas investigações policiais e sua utilidade para definição das políticas públicas de segurança era sugerida por diversos autores. Todavia, apesar do prestígio teórico, sua aplicação prática no sistema de justiça criminal permaneceu relativamente latente, transcorrendo-se um bom tempo até que as primeiras iniciativas de sistemática e efetiva implementação tivessem lugar. Curiosamente, em que pese sua vocação como diretriz mais geral de ações para o controle social, isso só aconteceu no campo específico da Execução Penal, mediante aperfeiçoamento do processo de *individualização* da pena criminal segundo cálculo do *risco* de *reincidência* do apenado nas primeiras décadas do séc. XX.

A *individualização* – isto é, o ajuste da aplicação e execução de pena conforme o *tipo de criminoso* – é uma das exigências fundamentais da perspectiva etiológica-individual desenvolvida nos limites do paradigma científico positivista, que se opõe à ideia de crime como resultado de uma escolha individual e de um juízo de culpabilidade fundado na universalidade metafísica – logo, empiricamente indemonstrável – do livre-arbítrio, defendendo que cabe aos cientistas descobrir as causas materiais determinantes do comportamento desviante para, em seguida, definir uma reação oficial adequada para evitar sua repetição.¹⁵³ Contando ainda com o auspício de argumentos pretensamente humanitários – que aproximavam *criminosos* de *pacientes* – a pena era destituída de sua primitiva natureza *retributiva* e passava a ser executada sob medida, o que requeria a construção de instituições adequadas para atender especificamente às funções *utilitaristas* de *prevenção especial negativa* e *positiva*, mediante *inocuidade* e, principalmente, *correção* técnico-científica dos defeitos morais e biopsicofísicos do condenado. Deu-se início, assim, a uma luta política que priorizou a reforma estrutural do sistema penitenciário em sua pauta de reivindicações, mas que logo em seguida avançou sobre o plano legislativo, onde seus mais importantes efeitos não demoraram em aparecer.¹⁵⁴

¹⁵³ SCHEERER, Sebastian. *The delinquent as a fading category of knowledge*, p. 426-427.

¹⁵⁴ A alteração legislativa é definida como “mais importante” no processo de infiltração do cálculo de probabilidades no sistema de justiça criminal porque as reformas estruturais nos presídios – iniciadas ainda no século XVIII – não conduziram à elaboração de mecanismos sofisticados ou científicos de *classificação* dos condenados. Assim, por exemplo, o empenho de John HOWARD na Inglaterra conduziu à aprovação do “*Penitentiary Act*” pela “*House of Commons*” em 1779, garantindo a separação dos presos e o trabalho individual em celas menos insalubres, mas foi incapaz de criar o espaço livre do Direito requerido pelos técnicos em *ortopedia moral*. Já nos Estados Unidos, o filantropo Benjamin RUSH se apoiou na mesma retórica para liderar a “*Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*”, organização formada por eminentes cidadãos da Pensilvânia – em boa medida “*Quakers*” – que foi autorizada pelo poder legislativo local a construir a famosa “*Walnut Street Jail*”, obra que, finalizada em 1790, é precursora da cela *solitária* e da separação de presos conforme seu gênero e *perigosidade*. Em todo caso, este último critério era apenas e grosseiramente definido de acordo com o crime praticado e não conduziu a uma técnica de especialização. O sistema adotado em “*Walnut*” é – ao lado do adotado na penitenciária de “*Auburn*”, em Nova Iorque – frequentemente citado nos textos criminológicos como exemplo de institucionalização da barbárie, embora autores afirmem que uma simples comparação com as demais penitenciárias estadunidenses revelaria a prisão *filadelfiana* como aquela que oferecia as melhores condições de vida para os internos à época. É o caso de CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 1-2.

Desafiando os títulos de legitimidade científica do saber jurídico, as teorias etiológicas da *Criminologia* propunham a *desjurisdicionalização* da Execução Penal, limitando o papel do Direito à regulação das regras de correspondência entre tipo de injusto e norma penal, de modo que, uma vez demonstrada a prática de um ilícito penal e condenado o réu, a sentença deveria abrir caminho para os especialistas dedicados a evitar a *reincidência* mediante *reabilitação* do *desviante*, objeto de exame e tratamento que deveria estar à disposição para o progresso no conhecimento das determinações do delito e prevenção da *criminalidade*. Paulatinamente, e desde o séc. XVII, fundava-se o consenso de que somente os cientistas – nunca os juízes – poderiam decidir quando o trabalho estava pronto, isto é, quando o condenado estava apto a reingressar à sociedade. Faltava, apenas, a garantia legal para o exercício desta competência.

Mas, poucas e isoladas iniciativas à parte, a reclamação científica dos especialistas por autonomia só surtiu efeitos visíveis nos Estados Unidos no trânsito dos séculos XIX para o XX, a partir do sistema que combinava *sentenças indeterminadas* com o benefício do “*parole*”.¹⁵⁵ O modelo, que teve aderência em praticamente todos os estados da federação estadunidense, articula os agentes dos Poderes Judiciário e Executivo na Execução Penal, em dois momentos. Primeiro, o juiz aplica ao condenado uma pena por um intervalo de tempo

¹⁵⁵ “*Parole*” é a soltura antecipada do réu preso, isto é, antes de servir todo o tempo de pena fixado na sentença. Neste sentido, o instituto é, *mutatis mutandis*, semelhante ao livramento condicional, previsto no artigo 83 do Código Penal brasileiro. Tem origem na Europa continental, mas sua sistematização decorre em grande medida do trabalho de pioneiros britânicos, como Alexander MACONCHIE e Sir Walter CROFTON. Nos Estados Unidos, a primeira experiência teria sido liderada pelo diretor da prisão nova-iorquina de Sing Sing, Gaylor HUBBELL, que adotou o sistema inglês e irlandês de “*parole*” nos primeiros anos da década 60 do séc. XIX. O marco que promoveu a franca expansão do sistema foi a convenção de Cincinnati da “*National Prison Association*”, em 1870, como explica CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 162-164. Referir-se ao “*parole*” e demais instrumentos que atenuam os efeitos do cárcere em direção à liberdade como *benefícios* contrasta com o fato de que tais institutos são normalmente descritos no Brasil como *direitos públicos subjetivos*, a indicar que se preenchidos seus requisitos normativos eles não podem ser negados ao preso, sob qualquer pretexto. Todavia, no sistema penitenciário americano estes institutos penitenciários são mesmo “*benesses*” concedidas pelos agentes do sistema de justiça criminal, a partir de uma ampla discricionariedade – contra a qual, aliás, se elaboraram desde o início critérios objetivos e instrumentos para aferição mecânica, que estão na própria origem da *Política Criminal Atuarial*. No Brasil, nada obstante o sentido garantista implícito na designação *direitos públicos subjetivos*, é preciso destacar a subjetividade inerente à avaliação jurisdicional dos requisitos legais, como destaca a análise crítica de PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal**, p. 231-232.

bastante extenso ou relativamente indeterminado, digamos, “*de quinze anos a prisão perpétua*” ou “*não menos de sete anos em prisão*”.¹⁵⁶ Segundo, durante a execução da sentença, o condenado é periodicamente avaliado por Comissões administrativas composta por cientistas e burocratas – as famosas “*Parole Boards*”¹⁵⁷ – responsáveis por decidir se ele está ou não apto a retornar ao convívio social desinstitucionalizado. Se a resposta for negativa, permanece preso à espera da próxima entrevista. Se afirmativa, as “*Boards*” definem o nível de supervisão e as condições a serem cumpridas fora do cárcere, cujo cumprimento é garantido pela ameaça maior de retornar à prisão em caso de violação das limitações impostas, sobretudo na hipótese de *reincidência*. As primeiras experiências com esse modelo remontam a 1867, na avaliação de *jovens infratores* nos reformatórios juvenis de Illinois. Quatro anos depois de seu reconhecimento formal, 1891, foi feita sua extensão para os adultos, com grande sucesso. Em 1917, quando a legislação estadual de Illinois tornou o sistema de *sentença indeterminada* cumulada com “*parole*” obrigatório, 20 (vinte) outros estados americanos já haviam aderido ao modelo.¹⁵⁸

O discurso era internacionalmente aceito e relativamente pacífico: a defesa em favor do “*parole*” argumentava que a liberdade supervisionada constituía um

¹⁵⁶ O sistema de sentenciamento nos Estados Unidos não é uniforme e muda bastante entre os estados-membros. Entretanto, em linhas gerais, cinco grandes modelos podem ser identificados desde o início do século XX, sempre no sentido de maior rigor punitivo. O primeiro, e mais influente entre eles, foi o do *sentenciamento indeterminado*, que combinado com o sistema de *benefícios* em direção à vida livre, levava os juízes a fixar a pena em termos amplos, para dar aos técnicos da correção o tempo necessário para *ortopedia moral* dos condenados. O segundo, que começa no final da década de 70, ficou conhecido como modelo do *sentenciamento determinado*, caracterizado por um avanço do Legislativo sobre a discricionariedade jurisdicional, submetendo a dosimetria da pena a um controle rigoroso, que remetia a tabelas pré-formatadas para definir o *quantum* do castigo. O terceiro é o modelo do “*truth sentencing*” (traduzido como *verdade no sentenciamento*), que obrigava o cumprimento da maior parte da pena aplicada em reclusão antes da possibilidade de receber qualquer benefício. O quarto modelo, que à semelhança do anterior remete ao final da década de 80, é o dos *mínimos obrigatórios*, voltado para o recrudescimento no apenamento de crimes relacionados às drogas ilícitas. O quinto e último modelo, típico da década de 90, é o das Leis “*Three strikes*”, que define rigorosíssima pena mínima para *reincidentes*. Todos estes modelos serão analisados com mais cuidado adiante, porque relacionados ao processo de infiltração da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal. De toda sorte, há uma boa síntese em WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 121-123.

¹⁵⁷ Cujo referente mais próximo ordenamento jurídico brasileiro é o Conselho Penitenciário, previsto no artigo 69 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/88), embora aqui a decisão pelo livramento condicional seja prerrogativa exclusiva do Juiz da Execução.

¹⁵⁸ Conforme HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 45. Massachusetts foi o primeiro estado americano a adotar o sistema de “*parole*” para adultos, em 1884. CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 163 e 184.

passo fundamental na *reabilitação social* do desviante – objetivo central da política de *individualização* da pena – pois o tempo de cárcere era inversamente proporcional às chances de *ressocialização*. Além disso, a possibilidade de súbita contemplação do benefício motivaria o detento a incorporar a disciplina em seu cotidiano, favorecendo a transformação individual e evitando uma falsa impressão construída às vésperas da avaliação. O modelo também era considerado mais justo: sob forte apelo do ideal de *neutralidade*, defendia-se que especialistas e burocratas eram capazes de dosar a pena de cada condenado exclusivamente a partir de critérios técnicos – isto é, sem a influência de preconceitos de classe, raça, idade ou gênero – o que não acontecia com os juízes na aplicação da pena. Por fim, ao delegar aos técnicos o poder de definir o momento em que os internos teriam direito à liberdade supervisionada permitia-se um controle mais próximo e preciso do fluxo de presos, distribuindo-se o benefício de forma mais rápida e evitando episódios de *superlotação carcerária*.¹⁵⁹

Meio século depois, como efeito deste movimento em favor da *individualização* da pena, praticamente todos os cinquenta estados americanos adotavam o modelo de combinação entre *sentenças indeterminadas* e sujeição da progressão da pena aplicada às futuras entrevistas conduzidas pelas “*Parole Boards*”.¹⁶⁰ A ampla competência dessas Comissões foi assegurada tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário e incluía, em síntese, as faculdades de (a) definir em abstrato os critérios que tornam um preso elegível para o benefício, (b) decidir concretamente sobre sua concessão, denegação ou revogação, (c) estabelecer as condições a serem cumpridas pelo condenado em liberdade e o grau de supervisão e, por último, (d) recomendar, endossar ou conceder indultos, perdões e comutações de sentenças, inclusive nos casos de pena capital.¹⁶¹

¹⁵⁹ Síntese dos argumentos pró “*parole*” em CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 165.

¹⁶⁰ Exceto para os crimes de traição, homicídio, estupro e extorsão mediante sequestro, para os quais a lei define rigorosamente a duração da pena. A ressalva é de BURGESS, Ernest W. **Factors Making for Success or Failure on Parole**, p. 209.

¹⁶¹ Quando contestadas, as decisões das “*Parole Boards*” eram, em regra, mantidas, consoante o mais importante precedente de 1971, “*Tarleton v. Clark*” (441 F.2d 384). Ver CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 178-179.

Interessante perceber que, apesar do constante conflito com boa parte da opinião pública,¹⁶² o sistema de “*parole*” nunca foi tão favorável aos apenados quanto anunciavam seus arautos. Em boa medida porque ao *administrativizar* a Execução Penal, o sistema diminuía o acesso do preso e sua família à jurisdição, dificultando a garantia de seus direitos após a condenação. Tanto que, antes de 1972, o Judiciário norte-americano sequer reconhecia a incidência do *devido processo legal* nos procedimentos para concessão ou revogação do “*parole*”.¹⁶³ Outra promessa que não se sustentava era a de predomínio de critérios puramente técnicos: na maior parte dos casos – e até os dias atuais – os membros da “*Parole Board*” são indicados pelo governador e independentemente de qualificação acadêmica; a natureza política da escolha permite ao Executivo local um relativo controle sobre o recrudescimento ou abrandamento do rigor do sistema carcerário, algo muito distante do ideal de *neutralidade* originalmente vinculado ao modelo.¹⁶⁴

De qualquer modo, ao menos formalmente, foi assim que a *racionalidade científica* dominou o espaço disciplinar estadunidense durante os primeiros três quartos do século XX, sinalizando o triunfo dos criminólogos positivistas sobre os juristas. Após a sentença, a execução da pena era responsabilidade quase

¹⁶² O sistema era acusado de ser muito brando e permitir o reingresso social de criminosos contumazes. Como sempre, o papel da mídia na construção da “opinião pública” era decisivo: como explica BURGESS, a maior parte deste antagonismo devia-se à ampla repercussão que os jornais davam aos crimes praticados por pessoas beneficiadas pelo benefício. Vide BURGESS, Ernest W. **Protecting the Public by Parole and by Parole Prediction**, p. 220-221.

¹⁶³ Três casos foram fundamentais para mudar esse panorama: “*Mempa v. Rhay*” (389 U.S. 128), de 1967, “*Morrissey v. Brewer*” (408 U.S. 471), de 1972 e “*Gagnon v. Scarpelli*” (411 U.S. 778), de 1973. Descrição dos casos e repercussão das decisões em CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 180-183. Como se verá adiante, a tendência em aproximar o Direito Penal do Direito Administrativo normalmente não implica na projeção das maiores garantias daquele para este, mas em regra apenas na *flexibilização* das rigorosas regras de imputação do tipo de injusto – assemelhado a formas mais simples de ilicitude – e na *banalização* da censura penal. A estratégia de desprezar os direitos fundamentais dos acusados em procedimentos “meramente administrativos” não é estranha ao cenário jurídico brasileiro, sobretudo por força das reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça – notadamente, de sua 5ª Turma – que despidoradamente afirmam que o inquérito policial faz exceção à Constituição, marginalizando-o do *devido processo legal* e, portanto, do pleno exercício do *contraditório* e da *ampla defesa*. O popular sentimento de *vergonha alheia* talvez seja a melhor forma de descrever a reação de qualquer jurista minimamente informado diante de tão lamentável *desentendimento* de funcionários que receberam poder apenas para proteger – não *baratear* – os direitos dos cidadãos.

¹⁶⁴ Uma das poucas exceções é o estado de Massachusetts, cuja legislação exige que os membros da “*Parole Board*” local tenham bacharelado e experiência de 5 (cinco) ou mais anos em Direito, Serviço Social ou as áreas afins à segurança pública. Mesmo assim, a indicação é feita exclusivamente pelo governador, como explica CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 167-168.

exclusiva dos membros das “*Parole Boards*”, cuja principal atribuição era a *classificação* dos *criminosos* conforme critérios *tecnocráticos*, diferenciando do total de presos aqueles que reuniam as condições necessárias para retornar ao convívio social com mínimas chances de *reincidência*.

Todavia, e especialmente nas primeiras décadas de implantação deste sistema, esta imensa delegação oficial de responsabilidade esbarrou em graves problemas práticos. Não fosse a tarefa, por si só, bastante onerosa, a precária estrutura institucional tornava quase impossível o trabalho de cuidadosa *individualização* dos sujeitos que ingressavam no sistema penitenciário.¹⁶⁵ Cheias de boa vontade, mas carentes de regulamentação e orçamento adequado, as recém-criadas “*Parole Boards*” não só sofriam com a escassez de funcionários – e pouca qualificação dos existentes – mas principalmente com a falta de critérios objetivos de *classificação* dos condenados.

Esta deficiência de método foi parcialmente atenuada a partir da década de 20, quando alguns estados começaram a realizar exames psiquiátricos sobre os prisioneiros, diferenciando-os pela *personalidade*. Estes pareceres passaram a ser usados pelas “*Boards*”, que contrastavam o *diagnóstico clínico* com os resultados da entrevista. Mas a verdade é que a iniciativa não fez muita diferença; com pouco tempo para avaliar os *diagnósticos clínicos*, o destino dos presos continuava a ser decidido em poucos minutos, sem a observação de qualquer procedimento padrão, contrariando o argumento que – pelo menos do ponto de vista teórico – justificava o sistema.

Prevalecia, assim, a impressão do avaliador sobre a objetividade dos laudos¹⁶⁶ e naturalmente a insegurança dos membros das “*Parole Boards*” decorrente do precário contato com o condenado acabava por determinar, na maior parte dos casos, a denegação do “*parole*”, aumentando a quantidade de reclusos e fortalecendo a posição de uma ampla frente crítica, que não hesitava em denunciar a falência do modelo vigente. Exatamente onde deveria prevalecer

¹⁶⁵ Todo o trabalho recaía, nos primeiros anos, sobre o supervisor da penitenciária e três assistentes nomeados, cf. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 45.

¹⁶⁶ O predomínio da avaliação subjetiva foi constatado por LAUNE após pesquisa dos relatórios das Comissões na década de 20, cf. LAUNE, Ferris Finley. **Predicting Criminality**, p. 2-3.

uma rigorosa *racionalidade técnica*, predominava o mais grosseiro subjetivismo, apenas mascarado na maioria dos estados pela adoção oficial de parâmetros gerais de avaliação (“*guidelines*”).¹⁶⁷

Esta conjuntura demandava o urgente desenvolvimento de um sistema mais *eficiente*, capaz de oferecer às comissões critérios científicos, seguros e rápidos para decidir sobre o destino do condenado, como já reclamava Roscoe POUND no prefácio à tradução para o inglês do conhecido livro sobre *individualização* da pena de Raymond SALEILLES.¹⁶⁸

Pois foi precisamente para este fim que se desenvolveram os métodos de verificação do *risco estatístico* de *fracasso* no cumprimento da “*parole*”, que constituem o verdadeiro ponto de aterragem da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal.¹⁶⁹ De fato, como se demonstra adiante, apesar dos relevantes precedentes característicos da *Criminologia estatística* do século XIX, o pilar do desenvolvimento da atual proposta de *Política Criminal Atuarial* está mesmo na aplicação de *instrumentos atuariais* no processo de avaliação para “*parole*” nos Estados Unidos da década de 20.

Uma história que começa mais precisamente em 1923, quando Sam B. WARNER publicou um artigo no qual descreveu sua pretensão de identificar *regularidades* em *reincidentes*, de modo que esses elementos – uma vez encontrados – pudessem auxiliar as “*Parole Boards*” a decidir sobre a

¹⁶⁷ LAUNE, Ferris Finley. **Predicting Criminality**, p. 84-87.

¹⁶⁸ O professor Roscoe POUND, da Faculdade de Direito de Harvard, criticava a dificuldade na implementação de um sistema de *individualização* da pena – ainda por ser desenvolvido – no regime jurídico dos Estados Unidos, especialmente por conta de alegadas incompatibilidades constitucionais, como se vê em POUND, Roscoe. **Introduction to the English version**. p. xi e xviii. Ficou também sob sua responsabilidade a introdução ao capítulo específico no qual o casal GLUECK apontava os critérios que deveriam orientar objetivamente a concessão do “*parole*”, disponível em GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p.278-279. Raymond SALEILLES, por sua vez, era professor de direito e ciências sociais, e destacava que era o *criminoso* – e não o *crime* – o objeto da pena, um postulado essencial da criminologia etiológica-individual. Desta forma, não havia sentido na cominação, aplicação e execução de penas fundadas na natureza e extensão do “mal praticado” como queria a Escola Clássica, uma vez com isso não se eliminavam as causas determinantes do comportamento criminoso, como se lê em SALEILLES, Raymond. **L’Individualisation de la peine**, p. 5-59.

¹⁶⁹ A expressão *fracasso* do “*parole*” significa, fundamentalmente, a revogação do benefício em função da violação de seus termos, obrigando o retorno do condenado à prisão para cumprir o resto de sua pena. A pior hipótese de *fracasso* é, por certo, a *reincidência*, aqui no sentido amplo, antes definido. O *sucesso*, em contrapartida, significa ultrapassar o período da medida sem maiores incidentes, isto é, incapazes de justificar o retorno à prisão, ainda que possam resultar em maior rigor nas condições de vida extra-cárcere.

conveniência de sua reclusão.¹⁷⁰ Mas após a reunião e tabelamento significativo de dados, o então diretor do *Comitê de Estatísticas Criminais* da cidade de Eugene, Oregon, foi incapaz de encontrar algum elemento decisivo a indicar propensão à *reincidência*, exceto a própria existência de antecedentes criminais, desistindo do projeto.¹⁷¹

Em que pese o fracasso desta primeira iniciativa, foi este o estudo que motivou o pesquisador da *Estação de Pesquisa para o Bem-estar da Criança* de Iowa, Hornell HART, a somar esforços na tentativa de estabelecer *regularidades* entre os adolescentes que haviam violado as condições do benefício e de utilizar estes dados em futuras avaliações institucionais, embora defendesse que isso era impossível sem o uso de métodos *estatísticos* mais apropriados.¹⁷² Segundo HART, foi precisamente a ignorância destes mecanismos que teria limitado seu predecessor a uma análise superficial, da qual resultava a afirmação equivocada de que não existiam critérios decisivos capazes de prognosticar o *risco* de *reincidência* para cada *menor infrator*, exceto a própria *reincidência*. Em síntese, para o autor, a apreciação da *estatística* crua redundava em óbvios erros de análise, que só poderiam ser corrigidos combinando-se os dados para estabelecer correlações.¹⁷³

Neste propósito, HART utilizou as mesmas tabelas de WARNER para construir *prognósticos de risco* de *reincidência* (chamados de “*prognostic scores*”) conforme a pontuação de cada jovem em relação a 30 (trinta) quesitos, entre os quais (a) tabagismo, (b) falta de ocupação lícita, (c) prática de religião não-cristã, (d) uso de drogas, (e) alcoolismo na família, (f) uso de fraude para prática do crime, (g) 6 (seis) ou mais sanções disciplinares recebidas em reformatório juvenil, (h) resposta para pergunta acerca da situação marital dos

¹⁷⁰ O trabalho de WARNER tinha por objeto 680 jovens internados no Reformatório de Massachusetts entre os anos de 1912 e 1921, dentre os quais 600 foram beneficiados com “*parole*” e tendo reincidido a metade, cf. WARNER, Sam Bass. **Factors determining Parole from the Massachusetts Reformatory**. p. 172-207.

¹⁷¹ WARNER, Sam Bass. **Factors determining Parole from the Massachusetts Reformatory**. p. 195-196.

¹⁷² O artigo de HORNEILL foi publicado três meses depois do de WARREN, no número seguinte da Revista do Instituto Americano de Direito Penal e Criminologia, como se vê em HART, Hornell. **Predicting Parole Success**, p. 405.

¹⁷³ HART, Hornell. **Predicting Parole Success**, p.407-409.

pais como *regular*, *ruim* ou *problemática*, (i) pais com antecedentes criminais e, por óbvio, (j) *reincidência*.¹⁷⁴ Embora adstrito à relativamente pequena base de dados do texto citado, HART estava otimista quanto à capacidade de seu método para auxiliar as “*Boards*” voltadas para adolescentes e reduzir as chances de livrar solto alguém que muito provavelmente voltaria a praticar um delito. O autor não duvidava que, com o fluir do tempo, seria possível dispor no campo da *delinquência juvenil* de mecanismos tão *eficientes* e confiáveis quanto os utilizados pelas companhias de seguros para lucrar milhões, garantindo maior segurança à população.¹⁷⁵

A notícia do relativo sucesso de HART no campo da *delinquência juvenil* motivou o presidente do Departamento Penitenciário de Illinois, Hinton G. CLABAUGH, a pedir às universidades locais que nomeassem um comitê para analisar as atividades da “*Parole Board*” local voltada para adultos e, na medida do possível, sugerir novos e mais avançados métodos de avaliação.¹⁷⁶ Para a honrosa missão foram indicados os professores Andrew A. BRUCE, Albert J. HARNO e Ernest W. BURGESS, tendo colaborado no projeto dois outros pesquisadores: John LANDESCO – responsável pela pesquisa de campo – e Clark TIBBITTS – para compilação e tabulação de dados. O resultado do trabalho deste ilustre Comitê foi publicado, com grande repercussão, em maio de 1928, na Revista do Instituto Americano de Direito Penal e Criminologia.¹⁷⁷

O histórico texto começa por uma descrição da atividade da “*Board*” de Illinois, então formada por um presidente e nove membros, estes por sua vez distribuindo-se em subcomissões de três membros cada, cada qual responsável por um dos três principais centros de detenção masculinos do estado – localizadas nas cidades de Joliet, Menard e Pontiac. Com base na análise e recomendação das subcomissões, a Comissão plena decidia em definitivo sobre a

¹⁷⁴ Convém lembrar que os dados de WARNER se referiam a adolescentes. HART, Hornell. **Predicting Parole Success**, p. 409-410.

¹⁷⁵ HART, Hornell. **Predicting Parole Success**, p. 411.

¹⁷⁶ No caso, as Universidades de Illinois, Chicago e a “*Northwestern University*”, conforme SHORT Jr., James F. **Introduction**, p. 171-172.

¹⁷⁷ BRUCE, Andrew A., BURGESS, Ernest W. e HARNO, Albert J. **A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois**. Logo em seguida o estudo foi republicado na forma de livro, sob auspício estatal. BRUCE, Andrew A., BURGESS, Ernest W. e HARNO, Albert J. **The Workings of the Indeterminate-Sentence Law and the Parole System in Illinois**.

conveniência do “*parole*” para os examinados. O aumento na quantidade de membros permitiu, nos primeiros anos, atenuar a falta de contato com os internos e uma maior racionalização de cada caso, combinando-se a experiência subjetiva das entrevistas com o *diagnóstico clínico* feito por psiquiatras e a verificação de certos dados empíricos.¹⁷⁸ Entretanto, segundo o parecer final do Comitê universitário, isso não era suficiente para sanar o problema da falta de metodologia, descobrindo-se que a falta de critérios seguros facilitava a indevida influência da opinião de promotores¹⁷⁹ preconceituosos sobre as decisões da “*Board*”, isso sem falar na suscetibilidade às reivindicações de advogados ou políticos em favor de determinados presos, o que impedia a plena observação das categorias puramente técnicas. Tendo em vista estes problemas, foram feitas várias recomendações pelos pesquisadores, entre as quais duas se destacavam: primeiro, promover a formação científica dos membros da “*Parole Board*”; depois, blindá-los contra as influências externas.¹⁸⁰

Ernest W. BURGESS, todavia, foi além. Conduzindo uma pesquisa paralela, sua pretensão de auxiliar a Comissão resultou no que se identifica hoje como a primeira proposta consistente de aplicação do *cálculo atuarial* no sistema de justiça criminal: o “*Prognasio*”.¹⁸¹

Vale notar que, à época, BURGESS já despontava como um dos principais sociólogos americanos, sendo seu livro de introdução uma referência

¹⁷⁸ BRUCE, Andrew A., BURGESS, Ernest W. e HARNO, Albert J. **A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois**, p. 54-55.

¹⁷⁹ No caso em referência a “*State’s Attorneys*” (“*procuradores do estado*”), um dos outros nomes regionais possíveis para os “*prosecutors*”, como são definidos os responsáveis pela Acusação em processos penais no “*Common Law*”. Por não contar com uma instituição semelhante ao Ministério Público, a investidura no cargo em âmbito estadual pode acontecer por eleição ou nomeação pelo chefe do Executivo, seguida de ratificação pelo Senado, sendo esta última opção obrigatória em âmbito federal. Nos Estados-membros, após a eleição ou nomeação, em regra o “*attorney general*” nomeia promotores adjuntos de sua confiança, todos suscetíveis de demissão pelo processo de *impeachment*. Responsáveis por levar a juízo todos os casos criminais – não há ação penal de iniciativa privada – os promotores também são proibidos de investigar, apesar de uma crescente tendência relativista neste ponto. Explicação em RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**, p. 104-106.

¹⁸⁰ BRUCE, Andrew A., BURGESS, Ernest W. e HARNO, Albert J. **A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois**, p. 94-238.

¹⁸¹ Compartilham da opinião HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 39-41 e GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p. 280.

obrigatória nos currículos universitários.¹⁸² Seu nome também estava intimamente associado ao desenvolvimento da *sociologia estatística*, que durante tanto tempo fez a fama do Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago. Seguindo uma linha de pesquisa relacionada ao ideal de progresso, cientificidade e modernidade,¹⁸³ não demorou em atrair o olhar dos setores governamentais, profundamente interessados nas novas teorias sociológicas que propunha. Afinal, sempre quantitativamente respaldadas, elas aumentavam significativamente a habilidade para predição do comportamento humano, o que permitia o desenvolvimento de mais eficazes estratégias preventivas de ação para controle social.¹⁸⁴

Pois foi este mesmo prestigiado professor que uma vez envolvido em um Comitê universitário para ajudar a “*Parole Board*” local a melhorar seus critérios de *classificação* identificou no Relatório final os elementos que garantiriam estatisticamente o *sucesso* da “*parole*”.¹⁸⁵ Após um estudo dos presos que receberam o benefício nos cinco anos anteriores a 1924 e sobre 3000 (três mil) indivíduos das três penitenciárias antes citadas, BURGESS identificou 22 (vinte e duas) variáveis associadas à maior probabilidade de *sucesso*, entre elas (a) a existência de antecedentes criminais, (b) nacionalidade da ascendência, (c)

¹⁸² Escrito em coautoria com Robert PARK, o livro de capa verde era tão comum entre os estudantes de sociologia que ficou conhecido entre eles como a *Velha Bíblia Verde*. Mais sobre a fama acadêmica de BURGESS em SHORT Jr., James F. **Introduction**, p. 168.

¹⁸³ HARCOURT cita nada menos do que 8 (oito) trabalhos, entre teses e dissertações, inclusive realizados em outras Universidades que não a de Chicago, que apelam para estas características, denotando todo o otimismo da época com o avanço conquistado com as ciências exatas. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 40 e 48. BURGESS orientou várias teses dedicadas à aplicação da *estatística* em questões sociais, especialmente entre as décadas de 30 e 50. Uma aplicação que, por certo, não se restringiu ao campo das *ciências criminais*. Apenas como exemplo, lembre-se da parceria com Leonard COTTRELL no estudo de sete anos sobre 526 (quinhentos e vinte e seis) casais para descoberta dos *fatores* associados à separação, que foi publicado no final da década de 30 e do qual surgiu o famoso manual capaz de prognosticar o *risco* de fracasso de um casamento iminente. Ver BURGESS, Ernest W. e COTTRELL Jr., Leonard S. **Predicting Success or Failure in Marriage**, p. 269-289.

¹⁸⁴ Na Universidade de Chicago destacavam-se vários especialistas em derivações estatísticas para uso governamental, sendo provavelmente o mais célebre Leo A. GOODMAN, que propunha a aplicação da *lógica atuarial* para definição de diversas políticas públicas, especialmente nos campos da saúde, educação e *criminalidade*. Uma síntese de sua proposta no campo do sistema de justiça criminal pode ser lida em GOODMAN, Leo A. **The Use and Validity of a Prediction Instrument**, p. 503-510.

¹⁸⁵ A contribuição específica de BURGESS compõe a quarta e última parte da obra coletiva, entre as p. 239-306, com o título: **Factors Making for Success or Failure on Parole**. Para facilitar a referência, utiliza-se aqui a reimpressão do original publicada como artigo na coletânea dedicada a BURGESS por COTTRELL Jr., Leonard S., HUNTER, Albert e SHORT Jr., James F. **Ernest W. Burgess on Community, Family and Delinquency**.

natureza das relações familiares, (d) tipo social e (e) personalidade.¹⁸⁶ Em seguida, cada um dos fatores foi fracionado em rol taxativo de subfatores, com alternativa exclusiva.¹⁸⁷

Em virtude do procedimento tornava-se possível, em pouco tempo, transformar diagnósticos subjetivos em dados objetivos e facilmente quantificáveis. A triunfante parametrização de BURGESS redundou na enfática recomendação – plenamente ratificada por seus colaboradores – de que a Comissão passasse a adotar métodos *estatísticos* para decidir sobre o “*parole*”, inclusive contratando especialistas no tema para desenvolver ainda mais as pesquisas neste âmbito.¹⁸⁸ A pesquisa garantiu notoriedade ao autor e, para alguns, foi precisamente seu pioneirismo neste campo que o permitiu finalmente afastar-se da sombra do seu mais proeminente colega na Universidade de Chicago, Robert E. PARK,¹⁸⁹ por quem havia sido fortemente influenciado no horizonte da abordagem *ecológica*.¹⁹⁰

A comprovação científica de que o comportamento humano está sujeito a algum grau de previsibilidade abria, enfim, novas possibilidades para o uso da *lógica atuarial* no prognóstico de *reincidência* e as vantagens oferecidas por este sistema foram rapidamente percebidas pela autoridade pública: apenas quatro anos após a publicação de “*Factors Making for Success or Failure on Parole*”,

¹⁸⁶ As variáveis eram: (a) natureza do delito, (b) número de associados para prática do crime, (c) nacionalidade do pai, (d) qualidade do relacionamento parental e (e) marital, (f) tipo de criminoso, (g) tipo social, (h) prisão da qual foi liberado, (i) tamanho da comunidade, (j) tipo de vizinhança, (k) se tinha residência fixa ou estava trânsito na comunidade em que foi preso, (l) recomendação do juiz ou promotor para leniência na concessão do benefício, (m) negociação da acusação com o promotor antes do julgamento, (n) natureza e duração da sentença imposta, (o) meses de sentença cumpridos antes do “*parole*”, (p) antecedentes criminais, (q) histórico de trabalho, (r) histórico de sanções disciplinares dentro da instituição prisional, (s) idade à época do “*parole*”, (t) idade mental conforme diagnóstico psiquiátrico, (u) tipo de personalidade conforme diagnóstico psiquiátrico e (v) prognóstico dos psiquiatras. BURGESS, Ernest W. **Factors Making for Success or Failure on Parole**, p. 201-203.

¹⁸⁷ Assim, por exemplo, a personalidade de um indivíduo deveria se encaixar em uma das seguintes descrições: (i) *egocêntrico*, (ii) *socialmente inadequado*, (iii) *emocionalmente instável* ou (iv) *normal*. Quanto ao tipo de criminoso, estava restrito às hipóteses de (i) *delinquente primário*, (ii) *eventual*, (iii) *habitual* ou (iv) *profissional*. Todas as subcategorias em BURGESS, Ernest W. **Factors Making for Success or Failure on Parole**, p. 216-217.

¹⁸⁸ BURGESS, Ernest W. **Protecting the Public by Parole and by Parole Prediction**, p. 230-231.

¹⁸⁹ A afirmação é de HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 47.

¹⁹⁰ Inclusive produzindo uma obra clássica em coautoria sobre o tema em 1925: BURGESS, Ernest W., MCKENZIE, Roderick D. e PARK, Robert E. **The City**.

os criminólogos que atuavam na penitenciária de Joliet já adotavam oficialmente o teste inventado pelo professor BURGESS.¹⁹¹

A celeridade na implementação do então recém-elaborado procedimento contou ainda com uma conjuntura política extremamente favorável. Em 1932 o candidato democrata Henry Hoerner foi eleito governador de Illinois e uma de suas primeiras medidas foi nomear John LANDESCO – pesquisador de campo no Comitê que motivou o trabalho de BURGESS – como membro da “*Parole Board*” local. Sob sua influência, Illinois aprovou no ano seguinte uma lei que determinava o uso de *instrumentos atuariais* para predição de comportamento futuro e a contratação de sociólogos e *atuários* para analisar os processos de todos os sujeitos à avaliação para “*parole*” do estado.¹⁹²

Atendendo à nova exigência legal, em 1935 a cidade de Joliet contratou Ferris F. LAUNE para compor a Comissão local na qualidade de sociólogo. LAUNE havia sido orientado em sua tese doutoral – adiante analisada – por BURGESS e desde logo tomou como missão a expansão da aplicação do sistema de seu professor. Ao final da década de 30 a Comissão contava regularmente com o auxílio da *estatística*: os técnicos submetiam os dados do preso ao teste de BURGESS e apresentavam um relatório, oficialmente denominado “*Prognasio*”, que informava o *risco* de *reincidência* do indivíduo avaliado após consulta às variáveis pesquisadas no final dos anos 20. O sistema era bastante simples e começava pelo exame do sujeito elegível para o benefício, que recebia um ponto por critério sempre que sua condição fosse *acima da média*, no sentido de menor frequência em relação à *reincidência*. Assim, por exemplo, se contra o indivíduo não existissem antecedentes criminais, era-lhe dado 1 (um) ponto; se houvesse histórico de criminalização, permanecia com 0 (zero). Quanto maior a pontuação, menor o *risco* de *reincidência* e maior a recomendação para “*parole*”. Classificado dentro de um grupo de *risco*, a certeza do prognóstico individual oscilava em gradiente definida de acordo com a base de dados disponível, sem

¹⁹¹ BURGESS, Ernest W. **Factors Making for Success or Failure on Parole**, p. 219.

¹⁹² HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 58-59 e BURGESS, Ernest W. **Protecting the Public by Parole and by Parole Prediction**, p. 228.

nunca chegar a um resultado absoluto.¹⁹³ No teste aplicado em Joliet, por exemplo, as chances de violar os termos do “*parole*” oscilavam entre 1,5% (um e meio por cento) e 76% (setenta e seis por cento); nas cidades de Menard e Pontiac, onde as pesquisas estavam mais avançadas, as estimativas eram mais pretensiosas, e variavam entre 1% (um por cento) e 99% (noventa e nove por cento) de certeza se o examinado iria ou não praticar um crime depois de solto.¹⁹⁴

Estava, portanto, constituída a vanguarda na aplicação da *lógica atuarial* na Execução Penal dos Estados Unidos: o Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago comandava a teoria, enquanto o Departamento Penitenciário do estado de Illinois liderava a prática.¹⁹⁵

Não se pode, contudo, deixar de mencionar o importante e paralelo papel cumprido por Sheldon e Eleanor GLUECK nesta trama. À época a abordagem interdisciplinar do crime de ambos era bastante conhecida no meio acadêmico estadunidense, especialmente por conta dos conflitos que suscitavam com as demais análises sociológicas e, de modo particular, aquelas capitaneadas por Edwin H. SUTHERLAND, que de sua parte frequentemente os criticava por retomar certos e ultrapassados pressupostos do paradigma etiológico-individual no estudo do crime e da *criminalidade*.¹⁹⁶ SUTHERLAND, diga-se de passagem, tinha razão: efetivamente, o casal GLUECK entendia que a aderência a uma *carreira criminosa* (“*criminal career*”) era mais o produto de determinações individuais e sociais – ou *natureza e criação* (“*nature and nurture*”) – do que o resultado de uma *escolha racional* ou *associação diferencial*.¹⁹⁷

Em 1930 os GLUECK publicaram um amplo estudo sobre mais de 500 (quinhentos) adolescentes com passagem pelo Reformatório de Massachusetts, apresentando uma quantidade de dados sem precedentes que antecipavam a

¹⁹³ Síntese do procedimento em HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 1.

¹⁹⁴ BURGESS, Ernest W. **Protecting the Public by Parole and by Parole Prediction**, p.228-229.

¹⁹⁵ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 40.

¹⁹⁶ A afirmação é de HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 60. BURGESS também foi crítico de algumas hipóteses explicativas do crime apresentadas pelos GLUECK, como se pode comprovar em ensaio da década de 50, BURGESS, Ernest W. **Can potential delinquents be identified scientifically?** P. 236-243.

¹⁹⁷ GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Criminal Careers in Retrospect**, p. 285.

derrota do ideal de reabilitação.¹⁹⁸ O propósito de seu estudo era descobrir os elementos determinantes deste fracasso do ponto de vista individual, o que incluía a análise do contexto histórico de vida dos infratores,¹⁹⁹ de suas características físicas e mentais e de seu comportamento durante a execução da pena.²⁰⁰ Além disso, pesquisaram a vida dos egressos após a concessão do “*parole*”,²⁰¹ constatando o peso de diferentes variáveis na repetição do *comportamento delinquente*,²⁰² o que foi decisivo para o desenvolvimento de *instrumentos atuariais* para predição do *risco de reincidência*.

¹⁹⁸ Os dados que indicavam a reincidência de 80% (oitenta por cento) de 510 (quinhentos e dez) egressos do Reformatório de Massachusetts entre 1911 e 1922 eram especialmente relevantes porque a instituição era considerada uma das melhores dos Estados Unidos e, mesmo assim, não conseguia reformar a maioria dos internos, como destaca Richard C. CABOT na introdução à obra. O prestígio do reformatório era tal que os autores classificavam os adolescentes conforme sua disposição (ou relutância) em aceitar os esforços disciplinares, dividindo os *influenciados positivamente* (“*influenced for good*”) dos *não-influenciáveis* (“*not so influenced*”), sem considerar a possibilidade de efeitos negativos da instituição sobre os jovens. O objetivo era, portanto, saber quais fatores prévios à institucionalização tornavam o adolescente resistente aos “melhores esforços” do reformatório, sem questionar o trabalho lá desenvolvido, como se lê em GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p.vii-xiii e 224-238.

¹⁹⁹ O que incluía o ambiente familiar e social e os antecedentes criminais. Em regra, os escritos criminológicos no Brasil repetem que o casal teria definido o ambiente próprio de *lares desfeitos* (“*Broken Homes*”) como determinação estrutural do comportamento desviante. Ao contrário, o casal GLUECK mostra, neste texto, desconfiança acerca da capacidade explicativa desta hipótese, principalmente porque a expressão reunia diferentes motivos para ausência de um ou ambos os progenitores na vida e educação dos filhos, de modo que a constituição de um grupo de controle para comparação – essencial face ao método adotado – era muito difícil. Assim, apesar da alta frequência deste fenômeno entre os *jovens delinquentes* (60%), descartava-se esta variável em favor de outros e mais confiáveis dados do contexto social dos infratores. Vide GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p.116-118 e p.111-148. Em todo caso, o papel da família na formação de jovens desviantes foi enfatizado em obras posteriores, por exemplo, GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Unraveling Juvenile Delinquency**, p. 261 e GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Delinquents and Nondelinquents in Perspective**, p. 186-189.

²⁰⁰ GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p. 149-164.

²⁰¹ A falta de supervisão e auxílio durante o período de “*parole*” era reputada como falha grave do Estado e considerada principal causa da reincidência. As dificuldades em encontrar trabalho, a baixa remuneração dos empregados e a repetição do contexto originário (dificuldades no relacionamento familiar, pobreza, falta de oferta cultural, etc.) acabavam por conduzir o indivíduo novamente ao crime, conforme, GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p. 165-216. A crítica dos esforços sociais para evitar a *delinquência juvenil* em GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Delinquents and Nondelinquents in Perspective**, p. 182-184.

²⁰² GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p. 217-223.

A partir da interpretação dos dados coletados antes,²⁰³ durante²⁰⁴ e após a institucionalização,²⁰⁵ propuseram um instrumento para estimativa do *risco* individual de *reincidência*, cuja utilização, ressaltavam, não deveria ficar restrita às “*Parole Boards*”, o que fez do casal precursor da defesa da expansão dos recém-desenvolvidos *instrumentos atuariais* da Execução Penal em direção ao Direito Penal, ao propor que a *individualização* da aplicação da pena fosse essencialmente definida a partir do *risco estatístico* de *reincidência*, diminuindo o peso da subjetividade ou de critérios normativos não-científicos na dosimetria, especialmente contra os jovens já comprometidos com *carreiras criminosas*.²⁰⁶

Para este fim, e embora não autorizassem seu uso experimental imediato, propuseram 4 (quatro) diferentes tabelas, cuja maior ou menor quantidade de itens dependia de seu campo de aplicação. Foram considerados apenas os *fatores de risco* com maior grau de vinculação à *reincidência*, o que exigia coeficiente

²⁰³ Sobre os fatores anteriores à internação, o casal concluiu que em relação aos pais – grau de instrução, nacionalidade, situação econômica, antecedentes, etc. – não havia relação determinante. No que diz respeito à nacionalidade, constataram que os nascidos no estrangeiro tinham uma história de sucesso no “*parole*” ligeiramente melhor que os nacionais, bem como os judeus sobre as outras religiões. Também descobriram que quanto menor a idade do adolescente ao sair de casa maior o risco de reincidência, embora um histórico de trabalho prévio à passagem pelo reformatório tivesse efeito contrário. As chances de fracasso do “*parole*” (com violação parcial ou total de suas condições) aumentavam quanto mais cedo ocorresse a prática do primeiro delito (notadamente antes dos treze anos), também sendo decisivo a natureza do crime praticado e o histórico de abordagens pela polícia. Quanto às características intrínsecas, má condição física, pouca inteligência e desordem mental eram sinais de grande probabilidade de novo crime após concessão do benefício. Tabelas e análise dos dados em GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p.239-258.

²⁰⁴ Acerca da influência do reformatório, os dados apontaram pouca vinculação entre a avaliação do trabalho do adolescente e a reincidência, embora a frequente troca de ocupações estivesse conectada com a maior probabilidade de violação do benefício. A prática, frequência ou gravidade de novos delitos no interior do estabelecimento tampouco resultava em prognóstico favorável. Mais grave, contudo, era a óbvia relação diretamente proporcional entre tempo de reclusão e risco de reincidência, que não foi interpretada pelo casal como sintoma da falência do sistema de reforma do sujeito. Antes, sustentavam que era natural que pessoas com tendência criminosa passassem mais tempo na prisão, conforme GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p.259-263.

²⁰⁵ Independentemente do tempo fixado para duração do “*parole*”, a possibilidade de violar seus termos mantinha-se praticamente inalterada, fenômeno que se repetia também – e surpreendentemente – em relação à existência de supervisão oficial constante sobre o beneficiado. Assídua prática religiosa, boas relações familiares (destacando-se como fator de estabilidade o casamento, sem filhos ou com mais de três), residência confortável, vizinhança tranquila e limpa, dedicação ao trabalho (notadamente o aprendizado na instituição por pessoas com boa capacidade), prosperidade, atenção às necessidades econômicas dos dependentes (quando existiam) e realização de atividades “construtivas” no tempo livre eram todos indicadores favoráveis à concessão do benefício. GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p.259-277.

²⁰⁶ Enfatizando a irrelevância, imprecisão ou subjetividade dos critérios judiciais, GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p. 295-296 e explicando como deveria ocorrer a unificação dos critérios, GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Later Criminal Careers**, p. 208-211.

superior a “.26”, isto é, presentes em pelo menos 26% (vinte e seis por cento) dos casos. De início, a menor tabela servia apenas para auxiliar na fundamentação e definição da sanção aplicada pelos magistrados contra os *menores infratores* que não haviam enfrentado internação, conforme a respostas a 6 (seis) itens: (a) histórico de trabalho, (b) existência de antecedentes, gravidade e frequência dos delitos registrados, (c) detenção por infração não apenada com internação, (d) outro tipo de experiência com o sistema de justiça criminal, (e) responsabilidade econômica com eventuais dependentes ou para consigo e (f) *diagnóstico clínico* de algum tipo de *distúrbio mental*.

Após a internação, aos critérios mencionados era acrescido um sétimo fator – a saber, a (g) prática e habitualidade de faltas disciplinares no interior da unidade de custódia – para gerar uma nova tabela, desta vez destinada a informar as “*Parole Boards*” os parâmetros objetivos que recomendavam ou desaconselhavam a concessão do “*parole*” para adolescentes. Tomada a decisão em favor do benefício, a supervisão posterior poderia ser feita com correição científica desde que se agregasse mais um critério, desta vez relativo à (h) notícia de prática de um novo delito durante o período de “*parole*” em oportunidade anterior.

Finalmente, para os casos de *jovens reincidentes* submetidos a novo processo, os juízes poderiam aproveitar todos os dados anteriores no momento de aplicar a pena e somar ainda os seguintes: (i) exercício de ocupação lícita depois de expirado o prazo do “*parole*”, (j) natureza das relações familiares, (k) responsabilidade econômica sobre dependentes ou sobre si, (l) ambiente do local de residência e, por último, (m) qualidade das atividades no tempo livre. Em síntese, o casal GLUECK trabalhava com um número máximo de 13 (treze) fatores, distribuídos em diferentes *instrumentos de prognóstico*, conforme seu campo de aplicação.²⁰⁷

²⁰⁷ Os coeficientes dos fatores, ou seu nível de determinação, eram os seguintes: (a) “.42”, (b) “.36”, (c) “.29”, (d) “.29”, (e) “.27”, (f) “.26”, (g) “.33”, (h) “.47”, (i) “.59”, (j) “.58”, (k) “.53”, (l) “.48” e (m) “.46”. Para tabelas e dados em detalhe, GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p. 280-296.

Metodologicamente, a novidade estava no fato de que todas as 4 (quatro) tabelas foram construídas de modo tal que a importância de cada variável fosse ponderada conforme seu peso relativo na determinação do comportamento *delinquente*. De acordo com a crítica dos GLUECK, isso evidenciava a principal deficiência da proposta de BURGESS que, apesar da precedência, teria atribuído equivocadamente a mesma relevância a todos os fatores, reduzindo a enorme complexidade multifatorial a um simplista código binário.²⁰⁸ Desta feita, apesar de utilizar um menor número de variáveis – 13 (treze), em contraste com as 22 (vinte e duas) variáveis originais do “*Prognasio*” – o diferente peso dado a cada elemento resultava, segundo eles, em uma análise muito mais confiável, que tornava a mensuração do *risco* individual mais fiel à pesquisa empírica.²⁰⁹ O célebre casal de criminólogos prosseguiu com suas investigações sobre o mesmo grupo de indivíduos por mais 10 (dez) anos²¹⁰ e dedicou a maior parte da vida acadêmica à pesquisa das causas determinantes da *delinquência juvenil*.²¹¹ Sua contribuição para o desenvolvimento da atual *Política Criminal Atuarial*, entretanto, não tem sido devidamente registrada.

Em resumo, o modelo de “*Prognasio*” formulado por Ernest BURGESS e as tabelas sintéticas propostas de Eleonor e Sheldon GLUECK constituíram as matrizes que balizaram a produção intelectual relativa à aplicação da *lógica atuarial* na Execução e no Direito Penal entre as décadas de 30 e 50. A principal diferença entre ambos é que o primeiro método utilizava mais variáveis, com peso fixo, ao passo que o segundo tinha menos fatores, mas a relevância de cada um era calculada após ponderação intrassistêmica. Seminais, estes trabalhos delimitaram o horizonte teórico dos estudos posteriores, que basicamente se

²⁰⁸ Esta importante crítica foi, no entanto, reduzida a nota de rodapé. Ver GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p.280-281, n.3.

²⁰⁹ GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p. 306-309.

²¹⁰ Sobre os quais publicaram dois trabalhos, em 1937 e 1943, cada um relativo ao subsequente período de 5 (cinco) anos. Ver GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Later Criminal Careers** e GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Criminal Careers in Retrospect**.

²¹¹ Entre outros, GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Unraveling Juvenile Delinquency, Predicting Delinquency and Crime** e **Delinquents and Nondelinquents in Perspective**, sendo os dois primeiros trabalhos da década de 50 e o último do final dos anos 60.

restringiram a testar e aprimorar a confiabilidade destes dois diferentes modelos, na tentativa de otimização dos *prognósticos de risco de reincidência*.²¹²

1.3. O desenvolvimento dos modelos BURGESS e GLUECK até o “SFS” e a decadência do modelo do “parole”

Um dos primeiros a avançar sobre este recém-criado campo foi Clark TIBBITTS, um colaborador no trabalho pioneiro de BURGESS que em 1931 propôs pequenas modificações nos critérios utilizados pelo “*Prognasio*” a partir de um estudo ampliado com ex-internos do reformatório de Pontiac – sem, todavia, reduzir o número de *fatores de risco*.²¹³

Também neste ano George B. VOLD publicou sua tese de doutorado na Universidade de Minnesota sobre os fundamentos do conflito entre os métodos de BURGESS e dos GLUECK.²¹⁴ Em relação àquele, criticou a subjetividade de alguns critérios; contra estes sustentou que houve exagero na influência dada à *reincidência*. Conduzindo uma pesquisa própria propôs, em síntese, aproveitar o melhor de cada método e privilegiar os fatores estritamente objetivos, uma preocupação lógica para alguém que tinha diante de si um Departamento Penitenciário muito menos estruturado que o de Illinois.²¹⁵ Além disso, valeu-se de outro e mais complexo método de tabelamento, produzindo uma mais elaborada contingência de variáveis.²¹⁶

Na mesma universidade e no ano seguinte – 1932 – Elio D. MONACHESI desenvolveu instrumentos para *prognóstico de risco de reincidência* tendo em

²¹² HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 61-62.

²¹³ TIBBITTS, Clark. **Success or Failure on Parole Can Be Predicted**, p. 11-50. TIBBITTS inclui algumas variáveis ausentes no estudo de BURGESS, como o alcoolismo, e também se preocupa com a linguagem utilizada, buscando afastar-se da matemática pela transformação do binário 0/1 de BURGESS em preto/branco. Conforme HARCOURT, a ironia da nova nomenclatura de TIBBITTS redundava no fato de que ser negro (“*Colored*”) era definido em seu teste como uma *marca preta*, significando maior risco de reincidência, ao passo em que ser branco (“*White*”) em uma *marca branca*, revelando menor risco. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 63.

²¹⁴ VOLD, George B. **Prediction Methods and Parole**, p. 1-40.

²¹⁵ Como explica HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 62-64.

²¹⁶ VOLD referia-se ao método como o “*r Personiano*”, referindo-se ao trabalho de 1919 de Karl PEARSON, segundo VOLD, George B. **Prediction Methods and Parole**, p. 10.

vista a “*probation*” ao invés do “*parole*”.²¹⁷ MONACHESI estudou milhares de registros de jovens e adultos atingidos pela “*probation*” e catalogou essas informações da mesma forma que VOLD. Produziu em seguida duas tabelas; uma conforme o método de BURGESS (mais variáveis, com peso absoluto) e outra com o dos GLUECK (menos variáveis, com peso relativo). Concluiu, então, que o grau de previsibilidade oferecido por ambas era equivalente e sendo assim o método de BURGESS era melhor porque mais fácil de usar. Por fim, fez notar a existência de antecedentes criminais como principal fator de *risco* para *insucesso* da medida, o que não era de estranhar.²¹⁸

Seguiu idêntica orientação a tese doutoral de Courtlandt Churchill VAN VECHTEN Jr., defendida em 1935 na Universidade de Chicago. Os *delinquentes* dos quais retirou seus dados eram na verdade *meninos-problema* entre 10 (dez) e 17 (dezessete) anos e que na década de 20 foram admitidos na *República Ford*, um reformatório privado de Michigan. A importância de seu estudo está no fato de que, à diferença das análises anteriores, não definiu como *sucesso* a simples não violação das condições de soltura e retorno à instituição de controle. Ao reduzir o alcance da expressão, sustentava que só poderia ser identificado como tal o comprovado ajuste social posterior do liberado, inclusive em termos de ocupação lícita e relações familiares. A partir dos dados obtidos na instituição, VAN VECHTEN Jr. construiu 4 (quatro) diferentes ferramentas para prognosticar o *risco* individual de prática de novo delito, utilizando o método de BURGESS por entender que a atribuição de igual peso a cada fator permitia a inclusão de novas variáveis sem precisar redimensionar toda a escala de valores, como exigia o método dos GLUECK.²¹⁹

Também no ano de 1935 – especialmente fecundo para teses e dissertações sobre o tema – o antes mencionado Ferris F. LAUNE propôs uma

²¹⁷ Para economia de análise, basta dizer que o instituto da “*probation*” está para a suspensão condicional da pena – ou *sursis* – prevista no art. 77 do como o “*parole*” para o livramento condicional do artigo 83, ambos do Código Penal brasileiro.

²¹⁸ MONACHESI, Elio D. **Prediction Factors in Probation**, p. 1-133. O destaque acerca do peso dado aos antecedentes é de HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 65.

²¹⁹ Conforme VAN VECHTEN Jr., Courtlandt Churchill. **A Study of Success and Failure of One Thousand Delinquents Committed to a Boy's Republic**, p. 3-131, *apud* HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 65-66.

abordagem inovadora, partindo do princípio de que dificilmente alguém estaria mais habilitado a antecipar o *risco de reincidência* do que os próprios prisioneiros. Afirmando logo ao início de sua pesquisa que as previsões dos próprios presos sobre quem iria retornar à penitenciária raramente falhavam, dedicou-se à identificação e sistematização das variáveis até então apenas intuídas pelos detentos. Após três anos de investigação e graças à especial ajuda de dois voluntários entre os presos, chegou a um mecanismo de 44 (quarenta e quatro) fatores, que permitia aos membros da Comissão aproveitar a experiência dos detentos sem o “inconveniente” de precisar consultá-los.²²⁰ Apesar da novidade e crítica à falta de dinamismo dos sistemas anteriores, seu método não se mostrou mais eficiente do que o de BURGESS e era bastante mais complicado em sua aplicação.²²¹

Entre o final da década de 30 e o início da década de 50 mais trabalhos acadêmicos surgiram, embora praticamente todos se restringissem a propor alterações nos critérios do “*Prognasio*”.²²² Albert J. REISS Jr., por exemplo, sustentou em 1950 a plena aplicabilidade do método de BURGESS, tornando-se um dos principais expoentes na defesa da redução de variáveis, o que, segundo seus cálculos, tornaria o *cálculo atuarial* do *risco* individual muito mais *eficiente* e *confiável*.²²³ REISS foi também um dos mais contundentes críticos dos GLUECK, denunciando desde cedo problemas metodológicos em seus estudos.²²⁴ Conclusões bastante similares às de Louis GUTTMAN, especialista

²²⁰ LAUNE, Ferris Finley. **Predicting Criminality**, p. 1-150.

²²¹ Cf. crítica de HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 66.

²²² Entre outros, destaca-se o trabalho coordenado por R. L. JENKINS, de 1942, o de Michael HAKEEM em 1948 e o de Bernard KIRBY em 1954. O primeiro foi publicado na Revista Americana de Direito Penal e Criminologia e os demais na Revista Americana de Sociologia. Síntese em HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 66.

²²³ REISS foi professor assistente da Universidade de Chicago entre 1949 e 1952, tendo concluído sua tese doutoral sob o título “**The Accuracy, Efficiency, and Validity of a Prediction Instrument**”. A síntese do seu trabalho pode ser lida em REISS Jr., Albert J. **The Accuracy, Efficiency and Validity of a Prediction Instrument**, p. 552-561.

²²⁴ Entre os quais se destacavam dois. Primeiro, a subjetividade de certos critérios, sobretudo no que se referia à avaliação da qualidade das relações familiares. Elementos como a “afeição” do pai e da mãe pelo filho jamais poderiam ser medidos com precisão, mas interpretavam um papel fundamental na pesquisa e conclusões do casal. Segundo, os sujeitos que compunham o grupo de 500 (quinhentos) *juvenes delinquentes* e *não-delinquentes* não representavam proporcionalmente as características gerais da população jovem da região, o que diminuía consideravelmente a capacidade prognóstica de suas tabelas. Mais em REISS Jr., Albert J. **Unraveling Juvenile Delinquency**, p. 118-119.

em *lógica atuarial* que demonstrou que a inclusão de novos fatores era proporcional à diminuição da capacidade prognóstica²²⁵ e do professor de sociologia John L. GILLIN, que voltou a apontar a existência de antecedentes criminais como critério mais seguro na estimativa do *risco* de violação do benefício.²²⁶ Mas apesar da preocupação pragmática que perpassava todos os trabalhos, coube à Lloyd OHLIN escrever o primeiro manual diretamente dirigido a burocratas, ao invés de cientistas.²²⁷ Publicado em 1951, com introdução de BURGESS e SELLIN, sintetizava mais de 20 (vinte) anos de estudo e sobre dados de quase 20.000 (vinte mil) condenados liberados das penitenciárias de Menard, Joliet e Stateville²²⁸ entre 1925 e 1945.

²²⁵ GUTTMAN, Louis. **An Outline of the Statistical Theory of Prediction**, p. 410-455.

²²⁶ Referindo-se à “*probation*”, GILLIN, John L. **Predicting Outcome of Adult Probationers in Wisconsin**, p. 550-553.

²²⁷ O autor é mais conhecido por seu trabalho em coautoria sobre a teoria das subculturas, desenvolvida em CLOWARD, Richard e OHLIN, Lloyd. **Delinquency and Opportunity**. Comparar a descrição e análise do trabalho de OHLIN em HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 66-67.

²²⁸ A penitenciária de Stateville também fica na cidade de Joliet, sendo o retrato de sua torre de vigilância no centro de celas distribuídas em círculo (“*roundhouse*”) conhecido como uma das melhores expressões da arquitetura do modelo *panóptico*, conforme proposto por Jeremy BENTHAM e apropriado por Michel FOUCAULT como metáfora para crítica ao poder disciplinar. Vide a apresentação completa do projeto, no original, em BENTHAM, Jeremy. **Panopticon**, p. 37-172 e reflexão crítica sobre este “*auf de Colomb*” na ordem da (bio)política em FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**, p. 228-264. Como nota adicional, destaque-se que não eram apenas os criminólogos que estavam interessados em Stateville. Não muito tempo atrás, o departamento de medicina da Universidade de Chicago usou prisioneiros dessa mesma penitenciária para teste de medicamentos, em uma experiência que acabou por fundar a prática de utilização preferencial de presos como cobaias para a indústria farmacêutica, só interrompida nos Estados Unidos na primeira metade da década de 70. A partir da lembrança deste lamentável episódio histórico por Giorgio AGAMBEN, Bernard HARCOURT analisou os arquivos históricos da Universidade para confirmar que, em março de 1944, 423 (quatrocentos e vinte e três) internos foram escolhidos e deliberadamente expostos a mosquitos transmissores do mais virulento tipo de malária – a cepa “*Chesson*” de “*Plasmodium vivax*”. Os médicos não só criaram os mosquitos, como também acompanharam o procedimento de inoculação e testaram drogas experimentais para testar sua eficiência e toxicidade. A retórica do patriotismo justificou o experimento, alegando que urgia descobrir uma forma de combater a doença que produzia mais mortes entre as tropas americanas no Pacífico do que os ataques do inimigo. Homens brancos com idade entre 21 (vinte e um) e 40 (quarenta) anos eram bens escassos em tempo de guerra e os condenados nessa faixa etária, se não podiam lutar, ao menos poderiam colaborar para salvar algumas vidas, dando prova de seu valor social e melhorando sua autoestima (os que aceitaram se sujeitar ao procedimento eram chamados de *bons soldados* pelos médicos). Mas a pesquisa revelou vício no consentimento dos detentos; além de envolvidos pela propaganda, a maioria não foi corretamente informada dos riscos da doença e das drogas; e apesar de nenhuma promessa oficial ter sido feita, por certo havia a esperança de que isso aumentaria as chances futuras de tratamento benevolente do Estado, inclusive facilitando o “*parole*” – fato que se confirmou para a maioria dos detentos após o fim da guerra. Durante o período de testes nenhum óbito foi oficialmente registrado, mas há notícia de ao menos uma morte como resultado direto da infecção e de diversos outros casos que foram excluídos apenas porque ocorreram anos depois do fim da pesquisa, embora provavelmente por ela determinados, seja em função da doença ou de efeitos colaterais tardios das drogas testadas (notadamente, problemas cardíacos). A comparação destes testes com os experimentos em campos de concentração e extermínio nazistas em AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 163-165. Mais detalhes e em uma aproximação aparentemente apologética, HARCOURT, Bernard E. **Making Willing Bodies**, p. 443-452.

OHLIN definiu 12 (doze) variáveis comprovadamente vinculadas à violação do “*parole*” e distribuiu em uma tabela cada um desses fatores, os quais deveriam ser classificados como *favorável*, *desfavorável* ou *neutro*, consoante associação da resposta aos índices de *reincidência*. Subtraindo-se o total de critérios *desfavoráveis* do de *favoráveis* chegava-se a um número, que por sua vez revelava o *risco* de violação do benefício expresso em termos percentuais.²²⁹ Sua preocupação metodológica, exposição didática e compromisso com a aplicação prática do *cálculo atuarial* influenciaram decisivamente as obras posteriores, que privilegiaram o formato parecido com o de um manual de instruções.²³⁰

Por fim, neste exercício retrospectivo que busca identificar os primeiros momentos na sedimentação do uso da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal a partir da Execução Penal, destaca-se a obra de Daniel GLASER, que tratou do tema em perspectiva ligeiramente distinta. Ao incorporar as premissas da célebre teoria criminológica de SUTHERLAND, sustentou que os fatores mais importantes para antecipar *reincidência* eram os que revelavam os níveis a identificação do sujeito com a atividade criminosa: quanto maior e mais intenso o contato com *delinquentes*, tanto maior o *risco* de violação dos termos do benefício. Sintetizando a expressão *identificação diferencial* – em explícita referência a *associação diferencial* – defendeu tese doutoral na Universidade de Illinois postulando a redução dos 22 (vinte e dois) fatores propostos por BURGESS para apenas 7 (sete), sendo dois entre eles relativos à existência de antecedentes criminais. Mais simples, sua proposta foi acolhida e implementada na Penitenciária de Pontiac a partir de 1955.²³¹

Como se vê, tanto antes quanto após a Segunda Guerra Mundial, estava consagrado no estado de Illinois o uso da *lógica atuarial* nas “*Parole Boards*” para *classificação* dos condenados e fundamentação das decisões para concessão

²²⁹ OHLIN, Lloyd E. **Selection for Parole**, p. 15-130.

²³⁰ De acordo com LORD, John Harlan. **Predicting Recidivists and Non-recidivists in a Delinquent Population**, p. 13.

²³¹ Embora não tenha sido publicada, há um resumo de cinco páginas sobre sua tese no vigésimo volume da Revista Americana de Sociologia, sob o título “**The Efficacy of Alternative Approaches to Parole Prediction**”. O autor também está presente na diacronia proposta por HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 68.

ou denegação do benefício do “*parole*”. Os burocratas que integravam as “*Parole Boards*” eram os maiores entusiastas na adoção dos *instrumentos atuariais*, que não só ajudava a blindá-los contra eventuais contestações às decisões tomadas como também produziam o efeito colateral de diminuir o peso da opinião dos membros com formação científica, cujos pareceres eram mais valorizados pelo argumento de autoridade.²³² No início da década de 50, tal sucesso autorizava BURGESS – na linha do que já havia proposto o casal GLUECK, vinte anos antes – a ecoar a reivindicação de seus pares e defender abertamente que a utilização de *prognósticos de risco* não deveria ficar restrita a este momento da Execução Penal, mas permear diversos outros campos do sistema de justiça criminal, com vistas a aumentar sua eficácia preventiva.²³³

Entretanto, apesar da euforia entre técnicos, professores e estudantes de pós-graduação – especialmente nos centros universitários do nordeste dos Estados Unidos – a adoção oficial e procedimentalizada de mecanismos fundados sob a *lógica atuarial* na “*decision making*” das “*Parole Boards*” ainda ficou restrita ao âmbito estatal durante muitos anos. A exceção e primeira notícia de interesse oficial do governo federal dos Estados Unidos por este método é de janeiro de 1936, quando o então Procurador-Geral Homer CUMMINGS conduziu uma ampla pesquisa nacional sobre o método e os critérios utilizados para concessão de “*parole*”.²³⁴ O trabalho foi publicado em vários volumes e incluía uma lista de fatores estatisticamente vinculados ao *sucesso* do “*parole*”, entre os quais ser (a) branco, (b) casado e (c) não-*reincidente*. Todavia, essa explícita manifestação de interesse das autoridades federais sobre um tema – até então essencialmente limitado a Illinois – não teve força suficiente como para repercutir por todo o país.²³⁵ De fato, desde o início da experiência com estes

²³² Conforme o relatório do Departamento de Justiça Criminal de Universidade de Cincinnati feito por LATESSA, Edward; TRAVIS, Lawrence F.; JOHNSON, Shelley e JONES, Dana A. **Case Classification in Community Corrections**, p. 1-10.

²³³ Assim consta em sua introdução, em coautoria com Thorsten SELLIN, ao livro de OHLIN, Lloyd E. **Selection for Parole**, p. 12-13.

²³⁴ O que sustentava ser uma iniciativa fundamental para o desenvolvimento de mecanismos mais eficientes para prevenção da *criminalidade*. Um resumo sobre o propósito da obra e suas conclusões foi apresentado por SANDERS, Barkev S. **The Purpose and Progress of the Attorney General’s Survey of Release Procedures**, p. 732-734.

²³⁵ Cf. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 66.

métodos nas primeiras três décadas do séc. XX, mais 30 (trinta) anos se passaram até que outro estado americano – Ohio – aderisse oficialmente ao uso destas técnicas para definição na concessão do benefício.²³⁶

Panorama que só muda mesmo na década de 70, mais precisamente em 1972, quando as autoridades federais dos Estados Unidos efetivamente se mobilizaram para implementar *instrumentos atuariais* na decisão sobre o “*parole*” em todo o país, em uma iniciativa que integrou um esforço mais amplo na regulamentação nacional do sistema, definindo parâmetros gerais e seguros de uniformização com o triplice objetivo de reduzir a subjetividade de análise, acelerar o processo de avaliação e atenuar as disparidades regionais.²³⁷

Para este propósito, o governo federal constituiu um grupo de pesquisa liderado por Peter B. HOFFMAN e assistido por James L. BECK. O resultado foi o primeiro guia estatístico para concessão do benefício em âmbito nacional, o “*Salient Factor Score*” ou, simplesmente “*SFS*”.²³⁸

O “*SFS*” foi desenvolvido a partir do modelo de fatores de mesmo peso de BURGESS – considerado mais simples e igualmente eficaz pelas pesquisas precedentes²³⁹ – e seguiu a tendência dos debates sobre *métodos atuariais*, valorizando a importância dos antecedentes criminais e diminuindo a quantidade

²³⁶ Existiam, entretanto, relatos de experiências informais com os critérios da lógica atuarial, como revela HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 69.

²³⁷ Com pode ser lido até hoje na página eletrônica oficial do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, <http://www.justice.gov/uspc/history.htm>

²³⁸ Algo como “Pontuação de Fatores Salientes”, eventualmente definido como “*Escala de Fatores Salientes*” (“*Salient Factor Scale*”). Mais em HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 40-41.

²³⁹ HOFFMAN, Peter B. e BECK, James L. **Parole Decision-Making**, p. 195-206. O trabalho foi reapresentado dois anos depois, sob o título HOFFMAN, Peter B. e BECK, James L. **Salient factor score validation**, p. 69-76. Uma avaliação do sucesso deste critério após vinte anos pode ser lida em HOFFMAN, Peter B. **Twenty Years of Operational Use of a Risk Prediction Instrument**, p. 477-494. Em todo caso, e à semelhança de todos os sistemas disponíveis até a década de 70 – independentemente da quantidade de fatores e método de correlação – era bastante baixa sua eficácia prognóstica, como bem atestado por Frances SIMON após análise de 40 (quarenta) diferentes mecanismos. SIMON, Frances. **Prediction Methods in Criminology**, p. 154.

de critérios para 9 (nove).²⁴⁰ Cada critério era pontuado com 0 (zero), 1 (um) ou eventualmente 2 (dois) pontos, produzindo um escore final entre 0 (zero) e 11 (onze), a indicar respectivamente o maior e o menor *risco* de *reincidência*. De acordo com a pontuação, o sujeito era classificado em uma entre 4 (quatro) categorias: entre 11 (onze) e 9 (nove) pontos, as chances de sucesso do “*parole*” eram consideradas *muito boas*; entre 8 (oito) e 6 (seis) pontos, *boas*; escore entre 5 (cinco) e 4 (quatro) indicava chances *razoáveis* e de 3 (três) a 0 (zero), *ruins*.²⁴¹

Depois, em uma tabela, cruzavam-se estas categorias (disposição horizontal ou vetor X) com a gravidade do crime praticado (disposição vertical, ou vetor Y), consoante uma entre 6 (seis) divisões possíveis. Por conta desta operação final o “*SFS*” ficou também conhecido como “*four-by-six*” (“*quatro-por-seis*”), permitindo um total de 24 (vinte e quatro) prognósticos distintos acerca da possibilidade de *sucesso* ou *fracasso* do benefício. Este sistema foi adotado oficialmente em novembro de 1973 e, embora não fosse obrigatório adotá-lo, uma decisão não embasada no “*SFS*” não só forçava o examinador da “*Parole Board*” a justificar extensivamente seu parecer, como também a obter concordância de outro colega. Evidentemente, isso estimulou a ampla aplicação do mecanismo, que se caracteriza por privilegiar a idade, os antecedentes e a eventual dependência química do condenado como *fatores de risco* com maior peso.²⁴²

Em síntese, graças ao investimento da União, a base teórica relativamente consensual sobre a qual se desenvolveu e a economia de análise que determinava na fundamentação da “*decision making*” acerca do “*parole*”, o “*SFS*” foi decisivo para propagação da *lógica atuarial* nos Estados Unidos. Atualizado em diferentes

²⁴⁰ Exceto os dois primeiros critérios, os demais eram pontuados com 1 ou 0: (a) condenação anterior por crime ou ato infracional (“nenhuma” = 2, “1 ou mais” = 1, “3 ou mais” = 0), (b) experiência anterior em reclusão ou internamento (“nenhuma” = 2, “1 ou 2” = 1, “3 ou mais” = 0), (c) dezoito anos ou mais à época do primeiro delito, (d) histórico de furto de automóvel, (e) prévia revogação ou violação dos termos do “*parole*” ou “*probation*”, (f) uso de heroína, cocaína ou barbitúricos, (g) segundo grau ou *GED* completo (“*General Educational Development*”, teste que certifica nível de conhecimento compatível com a “*high school*”), (h) assistência regular à escola por pelo menos 6 (seis) meses nos últimos 2 (dois) anos e (i) planos de viver com esposa e/ou filhos após soltura. GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. 68.

²⁴¹ Vide GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. 67.

²⁴² Vide HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p.71-72 e CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 170 e 172.

oportunidades, o sistema é precursor do desenvolvimento de outras e mais complexas ferramentas para cálculo do *risco* individual de *reincidência* pelas “*Parole Boards*”, que acabaram por substituí-lo.²⁴³

A versão atualmente ainda em uso – mas em apenas 3 (três) estados americanos – é o “*SFS 98*” que, como revela a sigla, foi reformulado em 1998 para introdução de novos critérios e redução do número total de variáveis examinadas. Conta com apenas 6 (seis) variáveis, sendo as três primeiras iguais às do modelo original da década de 70 – (a) condenação anterior, (b) efetivo cumprimento de pena privativa de liberdade, (c) idade à época do primeiro delito – e as três últimas novidades – (d) tempo desde a última condenação ou cumprimento de pena, (e) histórico de violação de benefício ou tentativa de fuga e (f) se o indivíduo tinha 41 (quarenta e um) anos ou mais à época do fato. Devido a particularidades do exame o gradiente oscila entre 0 (zero) e 10 (dez), o que remete a um *prognóstico de risco de sucesso muito bom* (entre 10 e 8 pontos), *bom* (7 e 6), *regular* (5 e 4) e *ruim* (0 a 3). Esta estimativa é por sua vez cruzada com a gravidade do delito, agora definida em 8 (oito) categorias, resultando em uma matriz “*four-by-eight*” (“*quatro-por-oito*”), aumentando o número de resultados possíveis para 32 (trinta e dois).²⁴⁴

Mais importante, contudo, é o processo de expansão da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal que o “*SFS*” iniciou, e que ainda não conheceu seu limite. Se entre 1930 e o final dos anos 70 apenas 2 (dois) estados utilizavam métodos desta natureza, o uso de *instrumentos atuariais* de previsão do *risco*

²⁴³ Assim, por exemplo, o “*SFS 81*” substituiu o “*SFS 76*” na “*Federal Bureau of Prisons*” para definir quais detentos em penitenciárias federais são elegíveis para “*parole*”, o que é decidido conforme 6 (seis) critérios: (a) condenação anterior, (b) cumprimento de condição ou compromisso com o sistema de justiça criminal por período superior a trinta dias, (c) idade à época do fato que o levou à prisão, (d) cumprimento de condição ou compromisso com o sistema de justiça criminal nos últimos três anos, (e) histórico de violação de benefício ou tentativa de fuga e (f) dependência de heroína ou opiáceos. Cada critério é pontuado com 0 (zero) ou 1 (um) ponto, exceto os três primeiros, que são pontuados entre 0 (zero) e 3 (três) ou 0 (zero) e 2 (dois). Escores em torno de 0 (zero) pontos caracterizam alto índice de reincidência. Vide CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 171.

²⁴⁴ O primeiro e terceiro critérios (*a* e *c*) podem ser pontuados entre 0 (zero) e 3 (três). O segundo (*b*), entre 0 (zero) e 2 (dois). Os três últimos (*d*, *e*, *f*) tem pontuação entre 0 (zero) e 1 (um). O “*SFS 98*” está disponível para consulta em http://www.justice.gov/uspc/commission_reports/expedited_apail.pdf. Desde 2007 a “*Parole Board*” do estado de Ohio trabalha com um critério bastante semelhante, que desconsidera a pouca idade à época do crime como fator de risco, conforme manual dirigido às comissões disponível em <http://www.drc.ohio.gov/web/GuidelineManual07.pdf>.

para conceder ou negar “*parole*” aumentou progressivamente a partir da década de 80 seguindo uma curva exponencial cujo ápice se define no trânsito entre os séculos XX e XXI. Resultado: em 2004, as “*Parole Boards*” de 23 (vinte e três) estados americanos utilizavam oficialmente tabelas determinadas pelo *cálculo atuarial* para fundamentar suas decisões.²⁴⁵

Estas tabelas também servem hoje para definir o tempo mínimo de pena a ser cumprido antes de o preso se tornar elegível para “*parole*”. Nevada, por exemplo, utiliza para este propósito o “*Parole Success Likelihood Factors*”, fundado em 11 (onze) critérios, inclusive dados relativos ao modo de execução e consequências do crime praticado. A pontuação define a probabilidade de sucesso no cumprimento das condições da “*parole*” em quatro graus: de 0 (zero) a 5 (cinco) pontos, *ruim*; 6 (seis) a 9 (nove), *razoável*; 10 (dez) a 14 (catorze), *boa* e de 15 (quinze) a 20 (vinte), *excelente*. O resultado é então comparado com a gravidade (“*severity level*”) do crime, em uma escala crescente de “*I*” (v.g., furto e falsificação documental) a “*IX*” (ex. estupro e extorsão mediante sequestro).²⁴⁶ À semelhança do “*SFS*”, ao cruzar o nível de gravidade com o de probabilidade de *sucesso*, chega-se ao número mínimo de meses que o condenado deve cumprir antes de poder ser beneficiado com “*parole*”, o que varia entre 4 (quatro) meses – probabilidade *excelente* de *sucesso* e gravidade “*I*” – e 14 (catorze) anos e 6 (seis) meses de prisão – probabilidade *ruim* gravidade “*IX*”.²⁴⁷

²⁴⁵ Os dois estados antes referidos eram Ohio – ainda na década de 60 – e Califórnia, sendo a influência deste último combinada com o recém implementado modelo federal, decisivo para atrair os demais estados americanos. Entre o final da década de 70 e os anos 80 Georgia, Iowa, Tennessee, Carolina do Sul, Alabama e Flórida começam a utilizar *instrumentos atuariais* para *classificação* dos condenados no sistema de justiça criminal; Connecticut, Michigan, Nova Jérsei, Ohio, Pensilvânia e Texas aderiram logo em seguida. Informações em HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 77. Gráfico que mostra a curva de crescimento da influência da *lógica atuarial* entre os estados na p. 9.

²⁴⁶ Estas escalas são redefinidas periodicamente, em âmbito federal e estadual. Uma das mais recentes em http://www.pap.state.ga.us/opencms/export/sites/default/resources/Crime_Severity_Levels_1-2006.pdf.

²⁴⁷ Os 11 (onze) critérios são (a) idade à época da prática do primeiro fato criminoso, (b) antecedentes, (c) cumprimento de pena privativa de liberdade, (d) histórico de violação em “*parole*” ou “*probation*”, (e) uso de drogas, (f) uso de meio fraudulento na execução do crime, (g) empregado ou estudante em tempo integral por pelo menos 6 (seis) meses antes da prática do delito, (h) lesão ou morte da vítima, (i) uso de arma de fogo, (j) *reincidência específica* e (k) bom comportamento durante a execução penal. Tabela completa em CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 185-186.

A “*Parole Board*” de Massachusetts, por sua vez, usa para o mesmo fim o “*Release Risk Classification Instrument*”. Formado por 7 (sete) critérios, o modelo define que um indivíduo de 22 (vinte e dois) anos, usuário de cocaína, com antecedentes na vida adulta por invasão de domicílio (“*burglary*”) e na adolescência por roubo (“*robbery*”), que já tenha sido submetido a um nível maior de custódia em 4 (quatro) oportunidades anteriores, sido preso e violado as condições de uma “*parole*” como exemplo perfeito do candidato que não pode ser beneficiado pela medida, pois alcança a pontuação máxima de 19 (dezenove) pontos – embora qualquer escore acima de 11 (onze) já configure *alto risco* de reincidência. A complexidade dos instrumentos varia bastante aqui. Se por um lado o estado da Dakota do Norte aplica o extenso “*Admission to Caseload*”, com seus 39 (trinta e nove) critérios – entre eles avaliação da condição financeira e ambiente familiar, além de características comportamentais – por outro a Geórgia adota o muito mais simples “*Parole Success Factors*”, formado por apenas 8 (oito) variáveis, nenhuma delas relacionadas ao desvalor social do crime.²⁴⁸

A Carolina do Norte, por seu turno, utiliza dois modelos: o “*Initial Client Assessment*” serve como guia para concessão ou denegação do benefício e o “*Client Reassessment*” reavalia o *risco* individual meses após o início do “*parole*”. O primeiro é focado na existência de antecedentes e situação pessoal do condenado (financeira, familiar, acadêmica etc.); o segundo se concentra mais na *identidade social* assumida após a soltura e cumprimento fiel das regras que condicionam sua liberdade. Esta reavaliação do condenado após a concessão do “*parole*” é feita, em Ohio, pelo mecanismo de 7 (sete) fatores denominado “*Risk Assessment*”, que pode determinar reforço ou relaxamento das exigências que condicionam a liberdade supervisionada do condenado. Em Indiana, função similar é atribuída ao “*Proposed Adult Risk Reassessment Instrument*”, que conta com 4 (quatro) critérios adicionais.²⁴⁹

Superada a velha discussão entre os modelos BURGESS/GLUECK, os atuais instrumentos que perfazem o exame para definição do *risco* individual

²⁴⁸ Novamente, CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 171-172. Formulários nas p. 189-192 e 194.

²⁴⁹ Vide CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 173, 193 e 195-197.

seguem um entre dois modelos. O primeiro é o de matriz, que chega ao resultado pelo cruzamento de variáveis diferentes entre dois vetores, como era o caso do “SFS”. Atualmente no estado de Maryland utiliza-se tal modelo para definir o tempo mínimo de pena a ser cumprido antes de o indivíduo poder se submeter a “*Parole Board*”, promovendo o ajuste entre o tempo de sentença e a possibilidade de soltura supervisionada. O segundo, que por sua simplicidade tem se tornado regra, é o modelo sequencial ou de tabelamento único, que inclui todas as variáveis na avaliação e, por isso, apresenta o *prognóstico de risco* imediatamente após cálculo, como acontece atualmente na Pensilvânia. Ambos são apresentados na forma de formulários, em papel ou eletrônicos, de fácil preenchimento e, em regra, disponíveis para compra pela *internet*.²⁵⁰

De modo geral, independentemente do modelo, os critérios variam muito pouco, como demonstrou um estudo de 1990, conduzido pela “*National Council on Crime and Delinquency*”, que listou os 10 (dez) fatores mais frequentes em instrumentos para aferição do *risco* individual nas decisões sobre “*parole*”, a saber: (a) quantidade de condenações e (b) prisões anteriores, (c) idade à época do primeiro delito, prisão ou condenação, (d) histórico de uso de drogas, (e) condenação por furto ou fraude, (f) alcoolismo, (g) trabalho, (h) vida escolar, (i) violação de “*probation*” ou “*parole*” e (j) natureza do relacionamento social. Em todo caso, o índice de erro no uso destes dados para prognosticar o *risco* de violação das condições do “*parole*” – com consequente reingresso no sistema carcerário – era de 30% (trinta por cento), apenas cinco pontos percentuais acima

²⁵⁰ O sistema é parecido com o “SFS”. Primeiro, 6 (seis) fatores são avaliados e pontuados: (a) condenação anterior, por crime ou ato infracional (“nenhuma” = 3 pontos, “uma” = 2, “duas ou três” = 1, “mais de 4” = 0), (b) experiência de prisão ou internamento superior a 30 (trinta) dias (“nenhuma” = 2 pontos, “uma ou duas” = 1, “mais de três” = 0), (c) idade à época do fato ou do primeiro delito (“maior de 26 anos” = 2, “entre 20 e 25” = 1, “menos de 19” = 0), (d) antecedentes nos últimos 3 (três) anos (“inexistente” = 1, “existente” = 0), (e) histórico de violação de termos de “*probation*”, “*parole*” ou tentativa de fuga (“inexistente” = 1, “existente” = 0) e (f) uso de substâncias químicas (“verificado” = 1, “não verificado” = 0). A pontuação, que oscila entre 0 (zero) e 10 (dez) pontos classifica o sujeito na Categoria I (entre 6 e 10 pontos), II (entre 3 e 5) e I (0 a 2). Em seguida, o sujeito é remetido para a tabela dos crimes em geral dos crimes violentos. Cruza-se então a categoria atribuída ao sujeito com a quantidade de pena privativa de liberdade determinada pela sentença (em meses), revelando-se o tempo mínimo que ele deve cumprir antes de ser elegível para “*parole*”. Ainda, destaque-se que, em regra, no modelo sequencial o *prognóstico de risco* é menos elaborado, aparecendo sob forma dicotômica; no caso, *recomendado* ou *não recomendado* para receber o benefício. Mais informações e tabela em HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 84-87.

dos mais extensos e rigorosos sistemas de avaliação.²⁵¹ Apesar do resultado, e longe de criticar os esforços na aplicação da *lógica atuarial* nas “*Parole Boards*”, o estudo concluiu que o maior problema não estava nos instrumentos utilizados para prognóstico, mas na (má) qualidade da informação disponível sobre vida pregressa do condenado. Além disso, o “*National Council*” enfatizou que o fracasso no “*parole*” não deveria ser apenas atribuída às falhas nos *prognósticos de risco*, sendo elemento decisivo a intensidade da supervisão das atividades do condenado em liberdade: sabidamente, quanto maior a periodicidade dos encontros entre agentes públicos e indivíduo beneficiado, maiores as chances de *sucesso* da medida. Outras iniciativas incluíam a disponibilidade de instituições de transição (“*halfway houses*”) e permissões de saída temporária para trabalho (“*work release*”), estudo (“*education release*”) ou participação em eventos familiares (“*furloughs*”).²⁵² Todos, por certo, igualmente sujeitos aos *prognósticos de risco*.

Ironicamente, após um longo período na vanguarda do sistema de combinação entre *sentenças indeterminadas* e “*parole*” – fundamental para a origem e desenvolvimento dos *instrumentos atuariais* – o estado de Illinois

²⁵¹ Como o utilizado no estado de Ohio, que, de acordo com CHAMPION, conta com o mais amplo sistema para aferição do *risco* de sucesso no “*parole*”, incluindo até mesmo – quando possível – consulta à(s) vítima(s). Mesmo assim, todo o rigor da “*Parole Board*” local não consegue evitar que 25% (vinte e cinco por cento) dos beneficiados retorne à prisão, uma média apenas 5% (cinco por cento) inferior à média nacional. CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 174.

²⁵² Com base no “*Prisoner Rehabilitation Act*” aprovado pelo Congresso americano em 1965, as “*halfway houses*” são instituições (públicas ou privadas) mantidas por profissionais e voluntários com o objetivo de auxiliar os condenados no processo de reingresso à vida social em liberdade, oferecendo comida, vestuário, asilo temporário e assistência na busca de emprego. Até 1994, dois terços dos estados americanos contavam com casas dessa natureza para beneficiados por “*parole*”, com bons índices de *sucesso*. Já o “*furlough*” é algo entre a *permissão de saída* e a *saída temporária* da Lei de Execução Penal brasileira (artigos 120, 121 e 122), e autoriza a soltura do encarcerado para atender a eventos familiares relevantes, como por exemplo o jantar de Ação de Graças (“*Thanksgiving Day*”) ou o funeral de um parente. Com duração média de três dias e prática tradicional nos estados americanos, o “*furlough*” foi duramente atacado em 1988 durante a campanha de George Bush à presidência norte-americana. Contrário à proposta liberal de seu oponente Michael Dukakis no que se refere à reinserção social dos condenados, Bush promoveu uma propaganda televisiva na qual noticiava que o condenado a prisão perpétua Willie Horton – beneficiado com “*furlough*” de fim de semana – não só deixou de retornar à prisão como foi preso pelo estupro de uma jovem alguns dias depois em Massachusetts. Vários observadores políticos acreditam que esse anúncio foi decisivo na eleição de Bush. Além disso, em resposta ao forte apelo midiático determinado por este evento, não foram poucos os estados que suspenderam a prática do “*furlough*”, endureceram os critérios para sua concessão ou mesmo deixaram de oferecê-lo. Incidente à parte, o índice de *sucesso* da medida continua sendo o maior entre as que articulam a transição entre cárcere e vida livre, chegando a 100% (cem por cento) em alguns estados, como Iowa, Novo México e Maryland. Mais em CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 175-178 e WALKER, Samuel. **Taming the System**, p. 4.

voltou a adotar o modelo de *sentenças determinadas* às vésperas da década de 80. Não por acaso. Este período coincide com a emergência do “*truth sentencing*”, movimento político construído sobre o descrédito nos programas de ressocialização dos condenados e medo social resultante da ampla divulgação midiática dos altos índices de *reincidência* entre os beneficiados com “*parole*”.²⁵³ Considerado assistemático e muito brando por seus críticos, o sistema vigente desde as primeiras décadas do século XX sofreu forte e rápida retração à medida que avançava o “*truth sentencing*”: apenas 8 (oito) anos transcorrem entre o primeiro estado da federação abolir o “*parole*” – Maine, em 1976 – e a aprovação pelo Congresso americano do “*Comprehensive Crime Control Act*”, prescrevendo que a partir de novembro de 1992 nenhum preso em penitenciárias federais poderia ser beneficiado com a medida. A força ideológica deste discurso punitivista é inegável: mesmo tendo detonado graves problemas de *superlotação carcerária*, o número de estados americanos que ofereciam possibilidade de “*parole*” caiu de 44 (quarenta e quatro) em 1979 para 32 (trinta e dois) em 2003. Mas isso não significou, contudo, simultânea diminuição no uso de *instrumentos atuariais* no sistema de justiça criminal estadunidense. Em sentido oposto, a aposta nos *prognósticos de risco* para *racionalizar* o exercício da competência punitiva só aumentou desde então, alcançando em 2004 a cifra de 28 (vinte e oito) estados no total.²⁵⁴ Tendo em vista que dentre esses 5 (cinco) não tem mais previsão de “*parole*”, é evidente sua dilatação para outros momentos da *criminalização secundária*, como se verá adiante em detalhe.

²⁵³ A tradução do termo “*truth sentencing*” foge à literalidade, e não parece se expressar corretamente por *verdade no sentenciamento*. A idéia, aqui, é de que as sentenças são *de verdade*, no sentido de um mais comum *pra valer*. A expressão denota, portanto, o recrudescimento do sistema de justiça criminal, exigindo que as decisões condenatórias representem um castigo substancial para o condenado e que a execução da pena não priorize o esforço na reinserção social do condenado. Comparar com HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 72.

²⁵⁴ Os problemas com a *superlotação carcerária* resultantes da abolição do sistema de “*parole*” obrigou o estado de Maine a adotar, já em 1983, uma legislação mais leniente que permitia o reingresso dos presos à sociedade antes de cumprir o total de pena previsto na sentença. Mais: apesar de agravar a situação da penitenciária com o aumento do número de reclusos, os índices oficiais de *criminalidade* no estado aumentaram de forma consistente entre a década de 80 e 90, como narra CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 164. Ver também HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 77-78 e 164.

Não obstante, a expansão do uso de *prognósticos de risco* para *classificação* dos criminalizados para outros domínios além de seu clássico e seguro reduto junto às “*Parole Boards*” – em direção à *Política Criminal Atuarial* propriamente dita, isto é, a prevalência da *lógica atuarial* na orientação dos *processos de criminalização secundária* – dificilmente pode ser compreendida sem uma análise mais cuidadosa desta nova diretriz política, que transformou todo o sistema de justiça criminal norte-americano, e cujos primeiros passos podem ser descobertos ainda no início da década de 70, que presencia o vigoroso ataque contra as funções clássicas da pena. Tema ao qual se dedica capítulo abaixo.

II. A Política Criminal Atuarial

Precedentes na atividade das “*Parole Boards*” à parte, a institucionalização da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal estadunidense foi promovida por uma nova e quase unânime geração de políticos e acadêmicos que não teve dificuldade em apontar o alto custo e pífio desempenho do ideal ressocializador apresentado pela teoria jurídica da pena. Invocando os altíssimos índices de *reincidência* e sob a égide do *princípio da eficiência*, eles rapidamente fizeram com que a *prevenção especial positiva* deixasse de constituir a premissa necessária da *Política Criminal* oficial, em um processo que começa nos anos 70 e sofre acelerado crescimento a partir da década de 80.²⁵⁵ Inicia-se, com isso, uma *nova penologia* (“*new penology*”) fundada sobre premissas radicalmente distintas àquelas que caracterizavam o modelo disciplinar do *Estado de Bem-estar Social*.²⁵⁶

Dada a importância desse fato histórico para compreensão do atual estado de legitimidade da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos – de onde se projeta para os demais países – é pertinente esclarecer a natureza do consenso sobre a necessidade de descarte da proposta de reabilitação social, profundamente relacionado com a crítica mais geral às políticas públicas do “*Welfare State*” formulada pela ideologia *neoliberal* e vendida como panaceia para maior parte dos problemas sociais.²⁵⁷

²⁵⁵ Alguns estudos sugeriam que até dois terços dos criminosos eram *reincidentes necessários*. Entre eles, um de grande impacto foi o de Lawrence GREENFELD, que em um curto resumo da pesquisa feita pelo Departamento de Justiça estadunidense constatou que cerca de 60% (sessenta por cento) dos indivíduos *reincidentes* já havia cumprido pena em cadeia pública ou penitenciária. A pesquisa também indicava que, quanto menor a idade do preso solto, maior a probabilidade de retorno à prisão e que praticamente a metade daqueles que cumpriram pena em penitenciária voltariam ao estabelecimento prisional no prazo de 20 (vinte) anos. GREENFELD, Lawrence A. **Examining Recidivism**, p. 1-7.

²⁵⁶ A expressão *nova penologia* remete ao artigo seminal do início da década de 90 de FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 434-446. O tema foi depois ampliado no principal artigo sobre o tema, FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **Actuarial Justice**, p. 434-446.

²⁵⁷ Sobre a mítica em torno das soluções neoliberais no contexto da crise fiscal, vide MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**, p. 202-218. A conclusão também é de SCHEERER, Sebastian. **Three Trends into the New Millennium**, p. 249.

2.1. “*Nothing works*” e a emergência da *incapacitação seletiva*

Por certo, mesmo antes da década de 70, a pesquisa científica, empírica e teórica, já havia demonstrado que a vida na instituição total da prisão é incompatível com a reeducação individual para o convívio social, independentemente do investimento técnico e esforço pessoal do condenado, por força do duplo processo de *desculturação* e *aculturação* (ou *prisonalização*).²⁵⁸ Todavia, e longe de constituir uma novidade, a denúncia do fracasso dos esforços governamentais na *ortopedia moral* dos condenados como estratégia para prevenção da *criminalidade* teve repercussões muito distintas, dependendo da posição política dos autores que trataram do tema. À esquerda, para a massa crítica que tem por marco a publicação do mais célebre livro de Michel FOUCAULT, a contradição performática da ideologia penal da reinserção foi compreendida como evidência do sucesso da repressão seletiva para moralização das classes subalternas e destruição da mão-de-obra inútil, reforçando-se as fileiras abolicionistas. À direita, para os que não conseguiram ou desejaram ultrapassar a dimensão ideológica da teoria jurídica da pena, o rotundo fracasso da prisão para realizar o *princípio da correção* conduzia, mas uma vez, à seguinte encruzilhada: ou se apostava em nova reestruturação interna do sistema para cumprir o ideal reabilitador – cantilena do *isomorfismo reformista* – ou se abandonava definitiva e oficialmente este propósito – sem, contudo, abrir mão da privação da liberdade como forma preferencial de punição.²⁵⁹

Entre estes últimos, identificados como vítimas ou promotores da *ideologia da defesa social*, coube a Robert MARTINSON acrescentar as notas

²⁵⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, p. 183-187. Uma das mais importantes e ilustrativas demonstrações do processo de *prisonalização* pode ser encontrada no documentário **Quiet Rage**, que narra o famoso experimento elaborado por Philip ZIMBARDO e conduzido pelo Departamento de Psicologia da Universidade de Stanford, que simulou a existência de uma penitenciária e testou as mudanças de comportamento entre dezoito alunos de graduação, divididos nos papéis de prisioneiros e carcereiros. Previsto para durar duas semanas, teve que ser interrompido após seis dias, tamanho o sadismo que os falsos guardas demonstravam contra os presos, fazendo-os sofrer de verdade ao esquecer que a situação não passava de um simulacro.

²⁵⁹ A exposição das 7 (sete) máximas universais da ideal *condição penitenciária* e a referência à inevitável repetição dessas proposições diante das também inevitáveis *crises* da prisão como um dos quatro elementos que constitui o projeto do *sistema carcerário* em FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**, p. 313-316.

finais ao réquiem do projeto ressocializador e transformar a expressão “*Nothing Works*” em seu epitáfio no curto artigo de 1974, no qual proclamou a decadência irreversível da função de *prevenção especial positiva* como prioridade do sistema penal estadunidense.²⁶⁰ No texto, o autor tentou condensar a enorme pesquisa em coautoria – só publicada no ano seguinte – acerca da *ineficiência* de diversos esforços empreendidos entre 1945 a 1967 para reintegração social de condenados, entre os quais a disciplina própria do cárcere, a concessão de “*parole*”, o ensino de ofícios e a terapia individual e em grupo.²⁶¹

Como se vê, ao menos nesse horizonte, o problema implícito na rejeição ao ideal metamórfico do moderno discurso oficial estava no fato de que também colocava em jogo a legitimidade da prisão, centro do arquipélago punitivo e fundamento do sistema de justiça criminal do Estado capitalista. Ora, se comprovadamente inviável transformar sujeitos desviantes em *corpos dóceis e úteis*, então qual era o sentido de preservar a instituição cuja legitimidade formal dependia da realização deste fim utilitário?²⁶²

A crise de instituição penitenciária assim determinada pelo rechaço político e teórico da ressocialização se tornou ainda mais grave porque se fez acompanhar da simultânea descrença nas demais funções clássicas atribuídas à cominação, aplicação e execução da pena: paralelamente à notória descrença na *prevenção especial positiva*, só aumentava a desconfiança pública sobre a possibilidade de *intimidação* e *retribuição* da *culpa* de *criminosos* por meio da restrição à liberdade ambulatorial.

²⁶⁰ A afirmação está no último tópico, que precede a sétima questão “*Does nothing work?*” (*Nada funciona?*). Seu ensaio foi dividido no formato de perguntas e respostas sobre o senso comum teórico acerca dos programas de ressocialização. Ao final – e reiterando o que já havia antecipado logo ao início do texto – o autor explica que, poucas e isoladas exceções à parte, os esforços na reabilitação dos condenados até então descritos pela pesquisa criminológica não produziam qualquer efeito apreciável sobre as taxas de *reincidência*. Logo, sem respaldo científico para a aposta nos caros programas de correção, concluía que ou se adotavam novas justificativas para a prisão – ainda que isso implicasse resgatar funções menos civilizadas atribuídas à pena, como a *intimidação* ou *neutralização* de indivíduos *perigosos* – ou o projeto encarcerador deveria encontrar seu fim, de uma vez por todas. Ver MARTINSON, Robert. **What works?**, p. 7-35.

²⁶¹ Detalhes em LIPTON, Douglas, MARTINSON, Robert e WILKS, Judith. **The Effectiveness of Correctional Treatment**, p. 559-600. A este discurso, por certo, falta-lhe a memória ou a informação de que vencer esta batalha nunca esteve na ordem do dia do Estado capitalista.

²⁶² Síntese sobre o período de afirmação e declínio da proposta ressocializadora na Alemanha em SCHEERER, Sebastian. **The delinquent as a fading category of knowledge**, p. 429-431.

Por um lado, no discurso oficial norte-americano a *intimidação* (“*deterrence*”) era refutada em dois planos. Em relação ao indivíduo, fazia coro ao fracasso do ideal de ressocialização diante dos elevados índices de *reincidência*; toda a evidência disponível indicava que, mesmo após a execução, o medo da pena não evitava a criminalização futura dos já condenados. Em relação à sociedade, o apenamento individual como fator desencorajador da prática de delitos era severamente criticado por sua incomensurabilidade, sendo assim desprezível como fundamento racional de legitimidade,²⁶³ apesar de todo o esforço teórico dos principais representantes do movimento “*Law and Economics*”.²⁶⁴

Por outro, e apesar de distante do utilitarismo penal, a função de *retribuição equivalente* (“*retribution*”) da pena criminal enfrentava objeções da mesma ordem. Apesar do apoio implícito garantido pela onda do “*truth sentencing*” e do substancial respaldo filosófico e religioso que sustentava a clássica noção do castigo como pagamento da dívida social do *delinquente*, a ideia de uma *justa medida* (“*just deserts*”) para compensar o crime mostrava-se agora insuficiente para garantir a irreversível demanda por *eficiência*, introduzida pelo *gerencialismo*. Seja porque indemonstrável, afim ao conhecimento vulgar, refém da discricionariedade dos juízes ou carente de critérios objetivos, a

²⁶³ Entre outros, GREENWOOD, Peter W. **Sentencing**, p. 123.

²⁶⁴ Apesar de também ser uma teoria *prevencionista* vinculada ao ideal de *eficiência*, a *Política Criminal Atuarial* dificilmente pode ser enquadrada como forma de aproximação econômica ao sistema penal, no sentido das teorias reunidas típicas do movimento “*Law and Economics*”, ou *análise econômica do direito*. Isso porque, nestas, o *criminoso* é visto como um ator econômico e racional que responde ao sistema de preço das penas para decidir pela prática do crime, conforme cálculo utilitário e aposta, na função de *intimidação* da pena, que deve ser ajustada para tornar desvantajosa a opção pelo crime. Constitui, portanto, uma teoria que privilegia a liberdade de agir do indivíduo, sujeito responsável pelo próprio destino, de acordo com suas escolhas. Vide, por exemplo, BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**, p. 39-79 e em linguagem simplificada BECKER, Gary S. e BECKER, Guity Nashat. **The Economics of Life**, p. 142-144. Explicação mais consistente em SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**, p. 471-568. Bem diferente é o caso da *lógica atuarial*, que não tem foco no potencial *criminoso* nem preocupação com as determinações do *crime*; seu objeto é a *criminalidade*, como expressão da regularidade do comportamento social. Em todo caso, na medida em que promove o ideal de *eficiência* no Estado moderno, defende a superioridade dos bens coletivos sobre os direitos individuais e refuta a utilidade de critérios morais no sistema punitivo, o movimento “*Law and Economics*” mais ajuda que atrapalha o desenvolvimento da *Política Criminal Atuarial*. Também é a opinião de FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **Actuarial Justice**, p. 188-190.

proposta de *mal justo contra mal injusto* parecia fora de lugar na pauta da Política Criminal do final do século XX, raras e conhecidas exceções à parte.²⁶⁵

Por fim, vale ressaltar que nesta época ainda não havia emergido nos Estados Unidos o ideal de *prevenção geral positiva* – realizada mediante reafirmação da validade normativa para estabilização das expectativas comportamentais normativas – como argumento a legitimar a pena privativa de liberdade sob fundamento exclusivamente *simbólico*.²⁶⁶

Neste panorama a mensagem era clara: ou se encontrava uma nova justificativa para a penitenciária ou ela deveria ser abandonada por seu anacronismo em favor de técnicas mais eficazes de controle social.²⁶⁷ Uma ameaça, em todo caso, vazia, porque evidentemente – exceto, talvez, para os muito ingênuos – a abolição da instituição carcerária nunca fora uma opção real, haja vista sua necessidade para a preservação da ordem social fundada sobre a distribuição desigual dos meios de produção no Estado capitalista, como evidencia a teoria crítica. Em outro sentido, como lembra COHEN, são os contínuos *fracassos* do sistema de justiça criminal – e especialmente do setor

²⁶⁵ Evidentemente, no âmbito da teoria jurídica da pena criminal, a *Justiça Atuarial* conflita com a retribuição, sendo afim ao utilitarismo, porque toda a legitimidade da pena – e do Direito Penal, portanto – está em sua capacidade real de prevenir futuros crimes. A contestação a essa perspectiva foi encabeçada especialmente pelo trabalho de VON HIRSCH, que voltou a defender o *princípio da proporcionalidade* – próprio de um *Direito Penal do Fato* – ao criticar em um famoso ensaio as pretensões utilitaristas da pena (inclusive a reabilitação), que em sua perspectiva eram incapazes de legitimar sua imposição. É possível pensar que, talvez, a crítica que se dirigiu contra sua proposta à época não estava ainda consciente de que o inimigo era outro, e bem pior. À luz desta ressalva, vale a pena reler VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**, p. 88-102.

²⁶⁶ Entre outros motivos, isso pode ter acontecido pela distância da sociologia europeia aplicada, ainda restrita a um pequeno círculo de intelectuais com pouco contato com a matéria penal. A *prevenção geral positiva* deriva da construção teórica que tem como elemento condutor as premissas sociológicas de Niklas LUHMANN, que propõe a partir da teoria dos sistemas uma abordagem que despersonaliza a análise sociológica. Sob esta ótica, o Direito é visto como um redutor da ampla contingência das ações individuais, a quem cabe uma realizar uma seletividade específica. Segundo o próprio, “a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática (...) e podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**, p. 116. A aplicação mais consistentes desta proposta na teoria jurídica das penas, mediante confusão entre bem jurídico e expectativas normativas, encontra-se em JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, p. 44-60. A crítica para fundamentação do Direito Penal a partir desta proposta em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 447-451. Em todo caso, mesmo se presente no discurso da época, seria pouco provável que uma fundamentação de natureza puramente teórica pudesse perseverar no solo da tradição pragmática estadunidense.

²⁶⁷ MARTINSON, Robert. **What works?**, p. 35.

penitenciário – a condição de sobrevivência da *Política Criminal*, que se alimenta das *crises* para poder se reformular continuamente, ou seja, não sobrevive apesar de suas contradições, mas por causa delas.²⁶⁸

Por isso, não surpreende o fato de que toda a legitimidade da prisão tenha voltado a depender da função de *prevenção especial negativa* (“*incapacitation*”), que apesar de ser efetivamente cumprida durante a execução da pena privativa de liberdade mantinha-se no cardápio punitivo como opção extravagante e amarga – ao menos, para o paladar progressista – desde sua decadência no final do século XIX.²⁶⁹

De qualquer forma, este não de todo inesperado retorno ao velho argumento em favor da *inocuidade* de indivíduos *perigosos* traduziu uma significativa mudança de orientação no discurso político-criminal, impensável à época das primeiras experiências com a *lógica atuarial*. O casal GLUECK, por exemplo, sempre esteve mais interessado em dificultar a oferta de *carreiras criminosas* do que silenciar os *criminosos de carreira* e mesmo BURGESS nunca havia posto em questão a importância da função de *prevenção especial positiva* da pena.²⁷⁰ Os tempos, todavia, eram outros e a *nova penologia* não tinha qualquer interesse em *punir, intimidar* ou *reabilitar* os indivíduos: seu propósito era apenas o de utilizar a pena criminal de modo sistemático para o controle mais geral de determinados *grupos de risco* mediante *neutralização* de seus membros

²⁶⁸ Ver COHEN, *Visions of Social Control*, p. 173-174.

²⁶⁹ Sobre a *falência* histórica da *prevenção especial negativa* ao final do século XIX e parcial retomada antes das teorias da *incapacitação seletiva*, ver RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**, p. 127-137 e 154-155.

²⁷⁰ Como enfatizava em ensaio de 1936. BURGESS, Ernest W. **Protecting the Public by Parole and by Parole Prediction**, p. 223-224. Em todo caso, lembre-se que Sheldon e Eleonor GLUECK já denunciavam a falência da *prevenção especial positiva* desde o início da década de 30 e continuaram a fazê-lo até seus últimos trabalhos. Logo, a recomendação de *neutralização* dos *criminosos de carreira* não é apenas implícita em seus trabalhos, como se vê adiante.

salientes, isto é, a *gestão* de uma permanente população *perigosa*, pelo menor preço possível.²⁷¹

Assim foi que, por conta do ceticismo quanto às chances de sucesso das medidas de intervenção e tratamento e na ausência de uma melhor fundamentação *racional* para a privação de liberdade, a capacidade real da prisão de isolar os condenados durante a execução restituiu à *neutralização* o protagonismo no cenário da teoria jurídica e criminológica das penas. A prisão desistia oficialmente de *fabricar* sujeitos *dóceis e úteis*, dedicando-se àquilo que faz melhor: *conter e destruir* os muito *indóceis e inúteis*, subtraindo-os da vida livre em sociedade pelo maior tempo possível. Em outras palavras, “desfuncionalizada” além da *incapacitação*, a pena voltou a ser vista apenas como instrumento legal “em defesa da sociedade” contra a *perigosidade* de certos *delinquentes*. Não se tratava mais de tentar modificar o indivíduo ou seu contexto social, mas de enviá-lo para um lugar onde sua *ociosidade forçada* não fosse considerada uma ameaça para os demais: para glória tardia de Franz VON LISZT, a *inocuidade* dos *irrecuperáveis* tornava-se o principal suporte para qualquer novo projeto político-criminal de execução da pena no século XX.²⁷²

Este retorno, contudo, não se fez sem resistências. Apesar de sua importante faculdade pacificadora das contradições entre as funções declaradas da pena em tempos de crise de legitimidade, o resgate da estratégia de

²⁷¹ FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 435-436 e 440. Oportuno, contudo, esclarecer que não se tira a razão CIRINO DOS SANTOS ao afirmar que a dimensão *negativa* da *prevenção especial* coincide com a forma de existência real da *retribuição*, o que significaria manter o interesse em *punir* atribuído à pena, ao contrário do afirmado. Efetivamente, é pela supressão da liberdade ambulatorial e de todos os demais direitos inevitavelmente atingidos pelo *confinamento* que se espera que o condenado purgue sua pena ou cumpra sua penitência, de acordo com o discurso oficial. Portanto, o que se afirma aqui é que, à luz (ou sombra) do *gerencialismo*, a ideia de *punir* não era mais o fundamento racional da existência da prisão, que só se podia justificar em estritos termos econômicos, incompatíveis com a metafísica vinculada à *retribuição*, na esteira da tradição idealista que a fundamenta. Ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 424-425.

²⁷² Em 1882 o então já famoso jurista e criminólogo Franz VON LISZT escreveu o célebre “Programa da Universidade de Marburgo” que foi publicado como artigo sob título “*Der Zweckgedanke im Strafrecht*”. No conhecido escrito, o autor estabelece as três funções da pena para fins de proteção de bens jurídicos, a saber, a *correção* dos que podiam ser corrigidos, a *intimidação* dos que não precisavam e a *inocuidade* (“*Unschädlichmachung*”) dos *irrecuperáveis*, como foram definidos os *delinquentes habituais* com tendência incorrigível à *reincidência*. Esta *classe perigosa* que “enfermava a sociedade” recebeu dele a denominação geral de *proletariado*, entre os quais se incluíam os alcoólatras, mendigos, prostitutas e demais *degenerados espirituais e corporais*. Paradigmático na incorporação da etiologia individual na dogmática penal, ver VON LISZT, Franz. **La idea de fin en Derecho Penal**, p. 111-126.

neutralização das classes perigosas enfrentaria objeções significativas às vésperas do século XXI.

Primeiro, porque décadas de avanço na teoria dos direitos humanos contestariam a banalização das principais formas de eliminação do *risco* individual, tais como a pena de morte, a esterilização compulsória e o isolamento celular dos sistemas *filadelfiano* e de Auburn.²⁷³ Na mesma linha, sabia-se que levar adiante um projeto de *prevenção especial negativa* em larga escala levaria ao *encarceramento em massa* e seus desumanos monumentos históricos, bem representados por *Lazaretos, guetos, Gulags, campos de concentração* etc. Em particular, e ainda bastante viva, a lembrança do horror nazifascista insistiria em denunciar a inconveniente proximidade entre as mais modernas teorias e técnicas de prevenção do crime e as mais cruéis formas de punição, ao arrepio de qualquer sistema jurídico fundado na valorização da dignidade humana.

Segundo, defender o confinamento de todos os criminosos no contexto da *superlotação carcerária* como solução para a *criminalidade* exigiria a construção de muito mais penitenciárias, a um custo simplesmente proibitivo diante da *crise fiscal*.²⁷⁴ Implicava, também, recuar em relação às formas alternativas de controle social, sobretudo via substitutivos penais, onde expressivos avanços já haviam sido constatados por um “bom preço”. Este era um ponto essencial – e do ponto de vista sistêmico, certamente mais importante que o anterior – pois a legitimidade das políticas públicas ao final do século XX não dependia apenas de alcançar o fim proposto, mas de fazê-lo com o menor orçamento, ou seja, à *inocuidade* não bastava ser *eficaz*, exigindo-se também que fosse *eficiente* no *combate à criminalidade*.

²⁷³ Como visto, o sistema *filadelfiano*, ou “*separate system*” se apoia no isolamento individual para realização da retribuição do crime, condenando-se o preso à própria consciência. Dispensando a *utilidade* dos reclusos como centro da execução penal, é a forma mais primitiva de pena privativa de liberdade. Em outro sentido e símbolo do *sistema do silêncio* (“*silent system*”), a penitenciária de Auburn incorporou o ideal de diminuição de custos na administração prisional ao combinar o confinamento solitário (“*solitary confinement*”) durante a noite com o trabalho comum (“*common work*”) durante o dia. Inspirado na rígida moral religiosa dos “*Quakers*”, os condenados permaneciam a maior parte do tempo em celas individuais e era proibida a comunicação entre os detentos, mesmo durante a execução das atividades diárias. Célebre síntese e vinculação às determinações estruturais deste modelo em MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 184-192 e RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and Social Structure*, p. 127-132.

²⁷⁴ Como nota CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 75.

Fazia-se urgente, portanto, uma teoria integrada que pudesse garantir a sobrevivência da prisão ao justificar a aposta na *prevenção especial negativa* sem entrar em rota de colisão com tais objeções *ético-normativas* e *econômicas*. Foi aqui que, diante de sua esfinge, o *gerencialismo* mostrou sua enorme capacidade de articulação retórica, decifrando-a sem demora.

Para tanto, em oposição à ideia de *incapacitação geral* (“*general incapacitation*”), apropriou-se e promoveu a ideia de uma *incapacitação seletiva* (“*selective incapacitation*”), que prometia prender *bem* e não *muito*, mediante rigoroso controle sobre os *filtros* do sistema de justiça criminal, que reduziria a quantidade de crimes sem aumento dos custos e, mais, com a menor lesão possível aos princípios constitucionais que disciplinam o uso da violência no Estado de Direito.

Sustentava essa proposta a certeza criminológica de que uns poucos *delinquentes habituais* de existência *inevitável* e natureza *incorrigível* eram responsáveis pela imensa maioria dos crimes registrados.²⁷⁵ Logo, uma vez definido com precisão o *perfil* destes *criminosos*, bastaria capacitar os agentes da repressão para *identificá-los* e *classificá-los* e habilitar o sistema prisional para *neutralizá-los* por um longo período de tempo, produzindo-se uma drástica redução nos índices gerais de *criminalidade* sem a necessidade de reformas estruturais ou aumento no nível de investimento em segurança pública.²⁷⁶ Assim, conforme a *necessidade* ou *desnecessidade* da reclusão para contenção do *risco* individual determinava-se, por um lado, a primitiva e prolongada *incapacitação*

²⁷⁵ De fato, nada poderia ser mais afim ao que havia sido predicado quase um século antes pelo professor VON LISZT, que com todas as letras afirmou o “fato” de que a maioria dos *criminosos* é *reincidente* e a maioria dos *reincidentes* é *incorrigível*, citando estatísticas da época. Ver VON LISZT, Franz. **La idea de fin en Derecho Penal**, p. 117-119.

²⁷⁶ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 88-89. Embora bastante datada, a *incapacitação seletiva* não significava avanço real para a teoria criminológica estadunidense, o que salta aos olhos quando se constata que o apelo à objetivação do aparelho punitivo do Estado, a denúncia da presença de incorrigíveis entre a população criminosa e a possibilidade de economizar no controle da *criminalidade* já eram referidas há bastante tempo na bibliografia local, no que se anteciparam, mais uma vez, GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleonor T. **Juvenile Delinquents Grown Up**, p. 273.

física de segurança máxima dos *reincidentes* e, por outro, a *vigilância* virtual e tecnológica de baixo custo para os *eventuais*.²⁷⁷

Reservando-se o espaço nas penitenciárias exclusivamente para condenados de *alto risco* e direcionando-se os demais para o controle *panóptico* desinstitucionalizado, não só se economizariam recursos gastos com *prisionalização* inútil, como também aumentar-se-ia o número total de vagas nos presídios em pouco tempo, aliviando-se a desumanidade provocada pela *superlotação*, já no médio prazo. Neste sentido, em busca por melhores resultados na relação *custo/benefício* do sistema de justiça criminal, a *nova penologia* propunha a substituição do “*truth*” pelo “*smart sentencing*”: ao invés de *penas* conforme a *culpabilidade*, *medidas* de controle adequadas ao *risco* individual.²⁷⁸

Foi graças a esse projeto que a prisão se viu salva, mais uma vez, de suas contradições performáticas: a penitenciária voltava a se afirmar como instituição indispensável para o controle social exclusivo dos piores membros das *classes perigosas*, desta vez ressignificadas pela *retórica do risco*.

Entretanto, nem todos os obstáculos normativos foram ultrapassados por esse discurso. Afinal, para que a *incapacitação seletiva* pudesse ser posta em prática exigia-se a possibilidade de reclusão prolongada ou mesmo indefinida dos *incorrigíveis*, o que por sua vez rejeitava a necessidade de proporção entre a extensão da pena e o tipo de injusto praticado. Surpreendentemente, a missão que parecia espinhosa acabou por se revelar muito mais fácil do que o imaginado, somando-se a um mais amplo processo de *administrativização* do sistema de justiça criminal, que lutava por soltar as amarras jurídicas das estratégias de controle social a pretexto de torná-las mais *eficientes*.

²⁷⁷ FEELEY, Malcolm M. e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 438. Mas *vigilância* e *confinamento* são faces de uma só e mesma moeda: a tecnologia de dispersão do modelo *panóptico* é garantida pela ameaça de rigorosa e prolongada reclusão, sem a qual não produziria os desejados efeitos *inocuidadores*, como sempre destacou FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**, p. 329.

²⁷⁸ Pode-se traduzir “*smart sentencing*” como *sentenciamento inteligente*, embora o adjetivo “*smart*” denote mais esperteza do que, propriamente, inteligência. Em todo caso, soaria forçada a tradução para “*sentenciamento esperto*”, porque no Brasil a palavra conota um processo informal de decisão, não precedido de rigoroso cálculo utilitário, ao contrário do que acontece com o referido fenômeno.

A partir da agenda política *neoliberal*, alegava-se à época que sem a interferência das normas jurídicas e do controle jurisdicional os *gestores* poderiam finalmente gozar da autonomia necessária para implementar a lógica do capital privado sobre os *processos de criminalização*, diminuindo rapidamente as taxas de *criminalidade*. Somado à forte pressão popular por punições mais severas contra *reincidentes* promovida pela linha *populista* da *Política Criminal*, o poder legislativo local não teve maiores dificuldades em legitimar a radicalização da *prevenção especial negativa* mediante *flexibilização* dos parâmetros legais na aplicação e execução da pena, desvinculando-se a dosimetria da pena do princípio da *proporcionalidade*.

Certamente, a mais conhecida iniciativa neste propósito é a lei californiana que remete à regra fundamental do esporte símbolo dos Estados Unidos. Mundialmente famosa, a “*Three strikes*” foi adotada em 1994 e embasada em um precedente legal anterior, a “*Washington State’s Persistent Offender Accountability Act*”. Sua aprovação modificou a Seção 667 do Código Penal da Califórnia ao estabelecer, de início e grosso modo, que indivíduos com prévia condenação por crimes mais graves devem ter como pena mínima o *dobro* do previsto para o tipo legal em julgamento.²⁷⁹ Em seguida, que qualquer pessoa com duas ou mais condenações por crimes da mesma natureza – equivalente a dois ou mais episódios de *reincidência específica*²⁸⁰ – deve ter a pena do novo crime multiplicada por *três*, desde que oscilando entre o mínimo de 25 (vinte e cinco) anos e a prisão perpétua e tudo isso sem direito a qualquer benefício em

²⁷⁹ Os crimes em questão são “*violent*” ou “*serious felonies*” que incluem o equivalente do “*Common Law*” ao homicídio doloso, estupro, roubo e extorsão mediante sequestro. No caso californiano, existem mais de 40 (quarenta) hipóteses de “*felonies*” que permitem essa conta, conforme previsão da letra “c” da Seção 667.5 (“*violent*”) e letra “c” da Seção 1192.7 (“*serious*”), esta parte do Título 8 (“Julgamento e Execução”) da Parte 2 (“Processo Criminal”). A seção 667 que foi modificada pela “*Three strikes*” faz parte do 16º Título da Primeira Parte do Código, trata de “Provisões Gerais”. Eventualmente, podem ser computados os antecedentes praticados na adolescência. Interessante notar, em todo caso, que antes da alteração o Código já previa que, em caso de *reincidência*, além daquilo que fosse aplicado no caso sob julgamento, mais 5 (cinco) anos de pena deveriam ser cumpridos para cada crime anteriormente registrado. Disponível para consulta em <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?code=section=pen>

²⁸⁰ Isto é, nova condenação pela prática do mesmo tipo legal. A *reincidência*, no Brasil, tem um significado claro, previsto no artigo 63 da legislação pátria, que se refere explicitamente à *reincidência genérica*, isto é, à condenação transitada em julgado pela prática de qualquer fato definido como crime. Isso não acontece nos Estados Unidos, onde a palavra pode ser tomada em diferentes sentidos, como visto. Portanto, sempre que os autores se referirem à nova prática do mesmo crime em seus *prognósticos de risco*, adjetiva-se a *reincidência* genericamente referida como *específica*.

direção à liberdade.²⁸¹ Por volta de 1980, leis que permitiam ou obrigavam o simples isolamento prolongado ou permanente de *delinquentes habituais* faziam-se presentes em 44 (quarenta e quatro) dos 50 (cinquenta) estados, aos quais se somaram mais 3 (três) às vésperas do século XXI. Apesar de algumas diferenças, mais de 80% (oitenta por cento) da legislação desta natureza determina prisão perpétua sem possibilidade de “*parole*” para *criminosos* após a segunda, terceira ou quarta condenação.²⁸²

Autorizada formalmente a detenção por longos períodos de tempo, estava aberto enfim o caminho para *incapacitação seletiva* dos criminosos de *alto risco* mediante simples confinamento. Dispensado de atender à *ineficiente* função de *ressocialização*, o passo seguinte foi adaptar o sistema penitenciário para executar esta atribuição, o que provocou mudanças significativas em seu cotidiano a partir da década de 80. Desde então, conforme o *sistema de gestão*, os presos deveriam ser organizados dentro de estruturas adequadas ao seu nível de *risco* e o modelo adotado para este fim foi o “*warehousing*” (*armazenamento*), que remete à logística própria de manutenção do estoque e distribuição automatizada de produtos em grandes depósitos com o menor custo possível.²⁸³ Presídios foram reformados ou construídos em torno desta ideia, que justificava o *isolamento* como forma mais segura para redução dos *riscos* inerentes à contenção de seres humanos em grande escala.

Assim, *coisificados* e *classificados*, os *criminosos* são dispostos dentro da estrutura prisional de acordo com o *risco* que representam para assegurar a *paz*

²⁸¹ De qualquer sorte, a “*Three strikes*” não é nem a mais antiga nem a mais rigorosa entre as leis penais que determinam a multiplicação da pena conforme a *reincidência* registrada. Alguns estados, como Virginia e Massachusetts, tem uma legislação afim a esse modelo desde o período colonial e mais de 20 (vinte) estados haviam copiado estas iniciativas entre as décadas de 20 e 50, geralmente vinculando o nome da lei ao congressista Caleb BAUMES, um dos principais promotores da novidade. Para conquistar o apoio da sociedade civil, campanhas midiáticas reforçaram o medo contra os *reincidentes*, especialmente mediante divulgação exacerbada de crimes praticados por pessoas que já haviam passado pelo sistema penitenciário ou estavam a usufruir de alguma medida desencarceradora, notadamente “*parole*”. Com o aporte suplementar dos centros de pesquisa, que confirmaram dados alarmantes, os estados logo promulgaram leis que instituíram uma relação de grandeza diretamente (des)proporcional entre a duração das penas e a quantidade de antecedentes criminais. Mais em HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 91-92.

²⁸² Além dos 47 (quarenta e sete) estados, o Distrito de Columbia, Porto Rico e as Ilhas Virgens também contam com leis da mesma espécie, que também se faz presente em nível federal. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 92.

²⁸³ Ver a descrição completa em COHEN, Stanley. **Visions of Social Control**, p. 87-114.

penitenciária, colocando-se os mais *perigosos* – nos limites da metáfora – nas prateleiras ao fundo, onde ninguém possa alcançá-los. O objetivo é reduzir ao máximo o contato social dos presos, visto como fonte de todo conflito, evitando seu encontro com outros reclusos, pessoas de fora do sistema e funcionários. Este propósito de segregação total tem um bom exemplo na penitenciária estadual “*Pelican Bay*”, na Califórnia, onde a engenharia prisional excluiu quase que completamente a interação social daqueles considerados *difíceis de administrar* (“*hard to manage*”) na “*Security Housing Unity*”, de modo que os detentos realizam suas atividades diárias, transitam por corredores e voltam para suas celas sem sequer cruzar os olhos com outro ser humano. *Automatizado*, o sistema penitenciário não tem mais rosto para o condenado.²⁸⁴ Essa onda das penitenciárias “*high max*” – conhecidas no jargão dos presos como “*Maxi-Maxi*” – também atende à lógica do “*close management*” e tem sido levada a cabo pelas penitenciárias federais (“*United States Penitentiaries*”), conhecidas como “*USP’s*”. Uma delas é a “*Florence Federal Correctional Complex*”, no Colorado, que conta com uma “*Administrative Maximum*” (“*ADX*” ou “*ADMAX*”), a realizar a supervisão mais rigorosa e impessoal da qual se tem notícia – oficialmente, ao menos.²⁸⁵

A exceção à política de pleno *isolamento* controlada pela “*warehousing*” estava reservada para os *criminosos* considerados de *baixo risco*, especialmente os mais jovens, para os quais alguns estados instituíram o “*Boot Camp*”, unidade de segurança mínima e simulacro de quartel no qual o condenado fica sujeito à disciplina militar por pouco tempo, normalmente em programas de 90 (noventa) dias, durante os quais deve sofrer um “choque de ordem”. Sem oferecer oportunidade de aprender um ofício ou terminar a instrução formal – afinal, não

²⁸⁴ Problemas na perfeita execução desse plano, contudo, decorrem da superlotação. Construída para pouco mais de dois mil presos, abrigava 3461 (três mil quatrocentos e sessenta e um) presos até maio de 2012. Informações em http://www.cdcr.ca.gov/Facilities_Locator/PBSP.html

²⁸⁵ CHRISTIE descreve essa tendência como “*Marionization*” por conta da prisão de “*Marion*” em Illinois, que seria conhecida como a mais rigorosa dos Estados Unidos. Todavia, de acordo com informações oficiais, a penitenciária em questão é de segurança média e não impõe o rigor descrito pelo autor. Vide CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 101-105. Para informações específicas sobre o regime em “*Florence*” – onde estão custodiados Theodore Kaczynski (o “*Unabomber*”) e Ramzi Yousef (responsável pelo atentado ao “*World Trade Center*” de 1993) – interessante consultar o manual do preso, disponível online em http://www.bop.gov/locations/institutions/flm/FLM_aohandbook.pdf

há empregos à vista – o máximo que o campo produz são soldados sem batalhão, uma forma de passar mais dissimuladamente o tempo sem qualquer compromisso com a inserção social do condenado.²⁸⁶

O que se constata, em suma, é que o discurso da *nova penologia* não teve maiores dificuldades para contornar os entraves jurídicos mais evidentes, reestruturando o sistema prisional para o resgate da *prevenção especial negativa* sem demora e com todo o suporte legislativo necessário. Em termos *político-criminais*, portanto, a proposta de *incapacitação seletiva* logrou justificação *racional* para o *isolamento*, em que pese todas as objeções que se lhe opunham de início.

Todavia, para que este brutal retrocesso com ares de inovação pudesse se impor de modo definitivo no sistema de justiça criminal, faltava-lhe ainda uma mais elaborada e igualmente repaginada teoria *criminológica*, a demonstrar a material existência daqueles *criminosos incorrigíveis* que tinha por premissa, sem os quais a proposta perderia muito de seu sentido original. Exigiam-se aqui *delinquentes* de uma espécie muito particular, não só imunes à boa vontade dos esforços estatais como também responsáveis pelo grosso da *criminalidade*: só assim as autoridades poderiam defender abertamente a ausência de outra solução *racional* exceto o puro e simples *confinamento* contra essa incômoda e persistente minoria. Mais: mesmo depois de provada sua pusilânime e inevitável existência, também teria que ser demonstrada a possibilidade de *identificá-los* e *classificá-los* com precisão por meios rápidos, confiáveis, fáceis de usar e que não se confundissem com o *diagnóstico clínico*.²⁸⁷

O que se descobre então – e este é um ponto fundamental para o que será exposto a seguir – é que a *automação dos processos de criminalização* pela *lógica atuarial* só foi possível graças à demanda particular da proposta de

²⁸⁶ Para piorar, ventila-se a possibilidade de que este curto período de treinamento militar sirva de inspiração para que jovens promovam organização marcial de gangues e quadrilhas. Motivos fundados para este temor, entretanto, não estão explícitos em FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 441.

²⁸⁷ O objetivo seria de evitar a confusão entre *criminosos* e *inimputáveis* para afastar, definitivamente, a perspectiva do *tratamento*, bastante forte nesse último campo. No mesmo sentido GOTTFREDSON, Don M. **Diagnosis, Classification, and Prediction in the Criminal-Justice System**, p. 204. Em todo caso, o receio se provou infundado, dado que o desenvolvimento da *Política Criminal Atuarial* fez com que a perspectiva do *tratamento* fosse afastada mesmo para os *inimputáveis*, como se verá adiante.

incapacitação seletiva por objetividade, confiabilidade, agilidade e baixo custo operacional, a qual foi prontamente atendida pela oferta de diversos *prognósticos de risco de reincidência e perigosidade*. Estruturavam-se, assim, os pilares que definem a *Política Criminal Atuarial*: síntese dos *instrumentos atuariais* para identificação de *risco* com a teoria da *incapacitação seletiva* em busca de *eficiência na gestão da criminalidade*.

De toda sorte, haja vista a necessidade de supor a materialidade dos *incurrigíveis* – sem os quais não há o que *incapacitar* ou *prognosticar* – o capítulo a seguir busca traçar o percurso das teorias *criminológicas* que – deliberada ou fortuitamente – promoveram a volta da *etiologia-individual* para fins de fundamentar a *criminalização secundária* a partir da *lógica atuarial*. Fenômeno que começou na repressão à *delinquência juvenil*, como se vê a seguir.

2.2. Em busca dos *bebês de Rosemary*²⁸⁸

A origem dos fundamentos criminológicos que sustentam a proposta de *incapacitação seletiva* remonta ao famoso estudo de Robert FIGLIO, Thorsten SELLIN e Marvin WOLFGANG sobre *delinquência juvenil* publicado em 1972, no qual adotaram uma aproximação longitudinal conforme o ano de nascimento conhecida como “*birth cohort study*”. A pesquisa consistia, essencialmente, em acompanhar a vida de todo um grupo de rapazes nascidos no mesmo ano e lugar, colhendo-se dados em diferentes idades ou em certos eventos sociais (alistamento militar e conclusão do ensino médio, por exemplo), o que permitia uma ampla e não focalizada coleta de dados, ao estilo dos modernos censos oficiais.²⁸⁹ Esta aproximação contrastava com as práticas de pesquisa até então

²⁸⁸ Dirigido por Roman POLANSKY, o filme **Rosemary's Baby** – cujo roteiro é uma adaptação do livro homônimo de Ira LEVIN – narra a história de uma mulher que é constrangida, sem sabê-lo, a gestar e parir o Anticristo, fato com o qual acaba por se conformar depois de consumado.

²⁸⁹ Acerca dos *estudos de grupo conforme nascimento*, existem precedentes com o mesmo método anteriores à década de 50, especialmente – mas não exclusivamente – na Europa. Entre eles, a tese doutoral de Nils CHRISTIE nos anos 60, que teria motivado Thorsten SELLIN a percorrer caminho semelhante. Uma síntese destes estudos pode ser apreciada em FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, p. 8-13.

dominantes na busca das causas da *criminalidade juvenil*, que operavam a partir da reunião verticalizada e objetiva de dados dos *infratores* condenados ou da narrativa dos adolescentes de sua própria história. Aqui, ao contrário, todos os indivíduos eram pesquisados, sem prévia discriminação e com o mínimo de interferência subjetiva.²⁹⁰

Seguindo esta metodologia, os três teóricos acumularam dados sobre praticamente todos os jovens do sexo masculino nascidos em 1945 e que residiram na Filadélfia entre os 10 (dez) e 18 (dezoito) anos de idade, num total de quase 10.000 (dez mil) indivíduos.²⁹¹

A partir deles tentaram identificar comparativamente as características dos *delinquentes*, entendendo-se como tais aqueles com algum tipo de passagem formal pela polícia. Em seguida, classificavam seus *perfis* (ou *tipos*) conforme a frequência e gravidade dos fatos registrados.²⁹²

O estudo constatou que aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) do total dos adolescentes esteve alguma vez envolvido em um incidente oficial com a polícia antes dos 18 (dezoito) anos – indicando a normalidade da relação entre juventude e *delinquência* – e que entre estes 54% (cinquenta e quatro por

²⁹⁰ A referência essencial aqui é o trabalho de Clifford SHAW. Os argumentos em favor desta opção metodológica estão em seus trabalhos desenvolvidos em torno da década de 30, particularmente em SHAW, Clifford R. **The Jack-Roller**, p. 1-23 e SHAW, Clifford R. **Brothers in Crime**, p. 1-42.

²⁹¹ Mulheres foram excluídas da pesquisa por seu baixo índice de *criminalidade* e porque a idade limite dos homens podia ser definida com facilidade pela obrigatoriedade do serviço militar, como explicam FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, p. 5.

²⁹² Os autores justificam a escolha do registro da polícia como indicador da *criminalidade juvenil* porque se trata do agente do sistema de justiça criminal mais próximo da sociedade, o que atenua a impossibilidade de ajustar com precisão a *margem de erro* da pesquisa à *cifra negra* da *criminalidade*. Eram considerados graves os atos infracionais que resultavam em lesão à vítima e perda e/ou destruição de seu patrimônio. Mais em FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, p. 13-24. Era grande a preocupação metodológica da pesquisa, cujas bases haviam sido desenvolvidas na década anterior, como se comprova em SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Measuring Delinquency**, p. 1-10. Por isso, todos os crimes referidos estavam incluídos no índice de crimes “indexados” pelo “*FBI*” (“*index crimes*”). Crimes “indexados” são aqueles previstos para fins estatísticos no “*Uniform Crime Report*” do “*FBI*” e se dividem em duas categorias. A primeira é a de (a) crimes violentos (“*violent crimes*”), subdivididos em (a.1) homicídio (“*homicide*”), (a.2) estupro (“*rape*”), (a.3) roubo (“*robbery*”) e (a.4) ameaça armada (“*aggravated assault*”). A segunda de (b) crimes contra a propriedade, conceito que inclui (b.1) invasão de domicílio (“*burglary*”), (b.2) furto (“*theft*” e “*larceny*”) e (b.3) furto de veículo (“*motor vehicle theft*”). Definições oficiais em <http://www.ucrdatatool.gov/offenses.cfm>

cento) voltaram a registrar passagem pelo sistema de justiça criminal.²⁹³ Todavia, a mais importante descoberta foi a de que quase 52% (cinquenta e dois por cento) de toda a *criminalidade juvenil* podia ser atribuída exclusivamente a certos *reincidentes crônicos* (“*chronic recidivists*”), que por sua vez correspondiam a apenas 6,3% (seis vírgula três por cento) do total de investigados.²⁹⁴ Em outras palavras, cerca de 6% (seis por cento) dos jovens da Filadélfia – e 18% (dezoito por cento) do percentual definido como *delinquente* – era responsável por mais de 50% (cinquenta por cento) do total de infrações.²⁹⁵

Animados pelo resultado, FIGLIO, SELLIN e WOLFGANG perceberam que a descrição do *perfil* dos membros desta *terrível minoria* permitiria elaborar estratégias preventivas de enorme utilidade. Entretanto, sob o prisma etiológico-social original de seu enfoque, a identificação dos jovens que tendiam a se transformar em *criminosos de carreira* estava condicionada à prévia descoberta dos fatores que determinavam a formação de *carreiras criminosas*.²⁹⁶

A pesquisa indicou, neste sentido, que o *risco* de um garoto praticar um delito – chamado “fator *k*” – dependia essencialmente de três variáveis: (a) a idade em que teve o primeiro contato com a polícia, (b) a natureza da infração praticada e (c) a cor da pele (ou raça). O mais decisivo entre os fatores era o primeiro, que revelava que a chance de um jovem voltar a praticar um delito era diretamente proporcional ao tempo de associação com o sistema de justiça criminal. O efeito criminógeno do próprio sistema era tal que levou os autores a relativizarem a importância da última variável, tendo constatado empiricamente o

²⁹³ Sendo a maioria dos reincidentes jovens não-brancos (“*nonwhites*”), de classe baixa, sujeitos à frequente mudança de endereço e com escolaridade inferior à média. Os últimos três dados, aliás, eram sintetizados na baixa pontuação no teste de mensuração do nível de vida socioeconômico destes adolescentes, conforme o conhecido critério “*Socio-Economic Status*”, ou “*SES*”. Mais em FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, p. 65-66.

²⁹⁴ Por crônicos se entendiam os jovens reincidentes com 3 (três) ou mais registros policiais. Eles integralizavam 627 (seiscentos e vinte e sete) jovens do total de 9945 (nove mil novecentos e quarenta e cinco) pesquisados, sendo 210 (duzentos e dez) brancos e 417 (quatrocentos e dezessete) não. FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, p. 88-91.

²⁹⁵ FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, p. 247-248.

²⁹⁶ A afirmação é de BLUMSTEIN, Alfred; COHEN, Jacqueline; ROTH, Jeffrey A. e VISHNER, Christy A. (Orgs.). **Criminal Careers and “Career Criminals”**, p. ix.

tratamento desigual dispensado aos adolescentes negros pela polícia como efeito do racismo incorporado às práticas punitivas.²⁹⁷

Reduzidos os fatores e à luz da enorme quantidade de dados coletada, descrita e avaliada – mas sem o auxílio de uma teoria *criminológica* mais complexa para suporte – os pesquisadores prescreveram medidas para o combate *eficiente à delinquência juvenil* na segunda metade do livro.

Primeiro, desaconselharam intervenções oficiais de qualquer natureza sobre *menores infratores* antes do terceiro registro policial, por dois motivos utilitários. Por um lado, porque a maior parte dos adolescentes não se envolveria em ilícitos futuros independentemente de qualquer esforço estatal: *delinquência* e juventude estavam profundamente conectadas e admitir até duas passagens pela polícia fazia parte de uma cota de tolerância que evitava gastos desnecessários. Por outro, porque o próprio atuar do sistema de justiça criminal aparecia como fator criminógeno, recomendando-se sua economia para os casos em que fosse indispensável, sob pena de promover aquilo que pretendia evitar.

Segundo, sugeriram que o governo desistisse dos caros, amplos e tradicionais programas de reeducação voltados para os adolescentes recolhidos em unidades de internamento, pois a predisposição para o crime de uma minoria e o ciclo da criminalização tornavam a recuperação praticamente impossível. Seria mais racional, enfim, privilegiar ações que simplesmente retirassem os menores *reincidentes crônicos* da sociedade pelo maior tempo possível, sem se preocupar com sua reinserção social.²⁹⁸

Em trabalho posterior, desta vez relativo a jovens de ambos os sexos nascidos em 1958, os autores chegaram a conclusões parecidas. Apontando para um aumento na quantidade de infrações – sobretudo da natureza violenta – e

²⁹⁷ Os adolescentes negros eram quase sempre encaminhados ao estágio seguinte do *processo de criminalização secundária* pela Polícia, enquanto os jovens brancos eram liberados após pequenas e informais sanções. A diferença era substancial: enquanto 77% (setenta e sete por cento) dos adolescentes brancos eram liberados, isso só se repetia para 56% (cinquenta e seis por cento) dos demais. Análise completa dos dados em FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, p. 174-243.

²⁹⁸ 46% (quarenta e seis por cento) dos jovens não se envolveria em outro fato criminoso após o primeiro registro e 35% (trinta e cinco por cento) após o segundo. Ver síntese das conclusões do estudo em FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, p. 244-255.

diminuição da importância do fator racial, confirmaram a existência dos tais *reincidentes crônicos* entre adolescentes e sua enorme participação nos índices gerais da *criminalidade*. Para a nova pesquisa, 985 (novecentos e oitenta e cinco) adolescentes – tão somente 7,5% (sete e meio por cento) do total – respondiam por 61% (sessenta e um por cento) de todos os delitos registrados, com destaque para sua frequência nas estatísticas relativas a homicídio (61%), estupro (75%), roubo (73%) e crimes praticados mediante lesão corporal (66%).²⁹⁹

Perceberam também certa inconsistência na expectativa de delitos mais graves conforme a quantidade de crimes praticados pelo sujeito, o que demandava *prognósticos de risco* mais dinâmicos do que os disponíveis e a necessidade de cautela em relação a todos os *reincidentes* – e não apenas os *classificados* como de *alto risco*. Em sua parte prescritiva, recrudesceram o discurso ao recomendar o fim de critérios de justiça específicos para adolescentes – isto é, de um sistema normativo exclusivo para infância e juventude – e a mudança do paradigma da não-intervenção, aconselhando a internação como regra após o terceiro registro de crime mais grave.³⁰⁰ À luz desta afirmação, as conclusões dos dois estudos provavelmente constituem o precedente teórico para fundamentação das futuras propostas legislativas de segregação pela quantidade – e não qualidade – de crimes praticados, que depois se popularizaram nos Estados Unidos e foram devidamente estereotipadas pela lei dos “*Three strikes*”.

O êxito dessa empreitada foi estrondoso. A metodologia do “*birth cohort*” foi aclamada em todos os grandes centros de *Criminologia* e a existência da suposta parcela de *reincidentes crônicos* entre os adolescentes americanos foi rapidamente naturalizada pela comunidade acadêmica adepta ao punitivismo, como bem ilustra o relatório de Donald J. WEST e David P. FARRINGTON ao

²⁹⁹ Paul TRACY substituiu Thorsten SELLIN nesta obra. O crescimento populacional aumentou a amostra para 13160 (treze mil cento e sessenta) indivíduos, que passaram o período entre os 10 (dez) e 17 (dezesete) nos conturbados anos de 1968 a 1975. FIGLIO, Robert M., TRACY, Paul E. e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency Careers in Two Birth Cohorts**, p. 1-4.

³⁰⁰ Síntese dos resultados em FIGLIO, Robert M., TRACY, Paul E. e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency Careers in Two Birth Cohorts**, p. 273-298.

anunciar a *vingança* do conceito de *caráter delincente*, agora *estatisticamente* demonstrado.³⁰¹

E como contra fatos *estatísticos* não se admitiam argumentos *jurídicos*, a dupla liderou os esforços na descoberta das causas da *delinquência juvenil* a partir de uma perspectiva etiológica-individual concentrada sobre o processo de *formação da personalidade*, tendo comandado uma das mais duradouras pesquisas nesta área, depois publicada na Inglaterra e popularmente conhecida como “CSDD” em referência a “*Cambridge Study in Delinquent Development*”.³⁰²

FARRINGTON, em particular, insistiu em antecipar a caracterização da *tendência criminosa*, continuamente reduzindo a idade dos pesquisados. No ensaio que resume o desenvolvimento de 40 (quarenta) anos de pesquisa do “CSDD” publicado em 2003, sustentava que era possível prever com relativa segurança o *perfil de risco* para *carreiras criminosas* em crianças entre 8 (oito) e 10 (dez) anos de idade observando-se tão somente 6 (seis) fatores: (a) comportamento antissocial (crianças descritas como *agressivas*, *desonestas* ou *problemáticas*, especialmente na escola), (b) hiperatividade e *déficit* de atenção, (c) baixa inteligência e rendimento escolar, (d) contato com membros da família ou pessoas muito próximas com histórico de criminalização, (e) família pobre, numerosa ou em condições ruins de moradia e (f) disciplina parental deficiente, por autoritarismo ou negligência (que se constatava objetivamente pela análise da roupas e higiene pessoal dos menores, entre outros indicadores).³⁰³

³⁰¹ FARRINGTON, David P. e WEST, Donald J. **The Delinquent Way of Life**, p. 160.

³⁰² Ou “*Estudos de Cambridge sobre Desenvolvimento Delincente*”. Auxiliado por um grande grupo de assistentes, o “CSDD” foi fundado por WEST, que conduziu as pesquisas para descoberta das causas da *delinquência juvenil* dirigidas a meninos em idade escolar – em regra, entre 8 (oito) e 10 (dez) anos – de centros urbanos densamente povoados e nos bairros das classes trabalhadoras. Conclusões do primeiro relatório de 1969 em WEST, Donald J. **Present Conduct and Future Delinquency**, p. 135-149. No segundo relatório consta apenas a colaboração – mas não coautoria – de FARRINGTON. Publicado em 1973, descreveu as causas da “síndrome comportamental” dos *delinquentes habituais*. Vide WEST, Donald J. **Who Becomes Delinquent?**, p. 186-208. FARRINGTON já era coautor no relatório seguinte, a partir do qual assumiu a coordenação dos trabalhos do centro de estudos. Vide FARRINGTON, David P. e WEST, Donald J. **The Delinquent Way of Life**, p. 140-174.

³⁰³ FARRINGTON, David P. **Key Results from the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development**, p. 148-150.

Estes *fatores de risco* variavam em relação ao tempo do *prognóstico*; o cálculo para estimar a probabilidade de atos infracionais até os 16 (dezesesseis) anos, por exemplo, não deveria privilegiar o baixo rendimento escolar, embora este fosse um critério decisivo na antecipação de crimes entre os 21 (vinte e um) e 40 (quarenta) anos. Sua pesquisa – que redundou na esquemática explicação para o comportamento criminoso conhecida como “*teoria Farrington*” ou “*ICAP*”³⁰⁴ – ajudou a compor *instrumentos atuariais* para *identificação* de potenciais criminosos de *alto risco* a partir de exames dirigidos a crianças.³⁰⁵

Um dos mais importantes é o guia prática desenvolvido no Canadá e publicado em 2001, aplicável a meninos com idade superior a 6 (seis) e inferior a 12 (doze) anos. O “*Early assessment risk list for boys*”, conhecido pela sigla “*EARL-20B*”,³⁰⁶ utiliza 20 (vinte) variáveis distribuídas em três campos, relativos à criança, família e ao grau de reação a determinados estímulos.³⁰⁷ A pontuação pode chegar aos 40 (quarenta) pontos, a indicar *altíssimo risco* de conduta antissocial futura. O teste inclui uma coluna adicional com fatores isolados indicativos de *risco crítico*, capazes de revelar *alto risco* mesmo em casos de baixa pontuação geral. Na forma de manual, o “*EARL-20B*” é dirigido principalmente para psicólogos e comercializado por cerca de US\$35,00 (trinta e cinco dólares),³⁰⁸ mesmo preço que o instrumento dedicado às meninas, o “*Early Assessment Risk List for Girls*” ou “*EARL-21G*”.³⁰⁹

Estudos nessa mesma linha continuam até os dias de hoje, procurando futuros *reincidentes* entre os alunos das primeiras séries e estão na vanguarda das

³⁰⁴ A sigla sintetiza “*Integrated Cognitive Antisocial Potential Theory*”, algo como “*Teoria cognitiva integrada de potencial antissocial*”, que se apresenta em forma de diagrama. Em sua mais recente versão, ver FARRINGTON, David P. **Childhood Risk Factors and Risk-Focused Prevention**, p. 620.

³⁰⁵ FARRINGTON, David P. **Key Results from the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development**, p. 153-154 e 170.

³⁰⁶ Algo como “*Fatores para definição precoce do risco em meninos*”, que basicamente sintetiza em tabela atuarial os *fatores de risco* propostos por FARRINGTON. Ver AUGIMERI, Leena K., KOEGEL, Christopher. J., LEVENE, Kathryn S. e WEBSTER, Christopher D. **Early assessment risk list for boys**, p. 1-20.

³⁰⁷ O termo utilizado é “*responsivity*”, de difícil tradução, a indicar a faculdade de reagir de forma rápida ou positiva – com interesse ou entusiasmo – a determinados estímulos objetivos ou subjetivos.

³⁰⁸ Disponível para compra, junto com pequeno resumo de seus atributos, em <http://www.specializedtraining.com/p-5-early-assessment-risk-list-for-boys-earl-20b-version-2.aspx>

³⁰⁹ AUGIMERI, Leena K., KOEGEL, Christopher. J., LEVENE, K. S., PEPLER, Debra J., WALSH, Margaret M. e WEBSTER, Christopher D. **Early Assessment Risk List for Girls**.

pesquisas de centros *criminológicos* mundo afora. Neles, e como se verá adiante com mais detalhe, há sempre uma frequente aproximação com as ciências cognitivas: a premissa fundamental é de que aqueles que demonstrarem contínuo desprezo ou incapacidade de ajuste às regras da disciplina escolar tendem a se transformar em autores de condutas antissociais. Assim, o desajuste no início da vida é visto como sintoma de um defeito psicológico originário, que fatalmente irá se reproduzir na idade adulta. Logo, também lá poderia ser verificado.

Evidentemente, a extensão da validade desses estudos para a *criminalidade* adulta foi apenas uma questão de tempo.

2.3. Ajustando a mira: o perfil das classes perigosas, alvo prioritário

A conveniência da proposta de *incapacitação seletiva* contra *criminosos de carreira* no respaldo à desacreditada instituição carcerária e a racionalização econômica das políticas públicas que legitimava fez com que rapidamente transbordasse os limites da *delinquência juvenil* em direção à *criminalidade adulta*. Nos Estados Unidos a novidade desta extremamente vantajosa “descoberta” foi inicialmente ratificada por pesquisas não-longitudinais, apesar do substancial legado do casal GLUECK na Universidade de Harvard.

Um dos primeiros trabalhos neste sentido é a obra coletiva de Mark A. PETERSON e Harriet B. BRAIKER, publicado em 1981.³¹⁰ O estudo dos

³¹⁰ PETERSON, Mark A. e BRAIKER, Harriet B. **Who Commits Crimes**. Poucas cópias do trabalho foram originalmente publicadas pela “Rand Corporation” em 1980 com o título “*Doing crime: a survey of California prison inmates*”. A participação de Suzanne M. POLICH é referida, sem que seja incluída como coautora, e agradece-se a colaboração de Daniel GLASER na sistematização das informações.

professores, que eram também membros da “*Rand Corporation*”,³¹¹ retirou seus dados das informações prestadas pelos próprios reclusos, associando suas respostas e características aos crimes pelos quais foram condenados.³¹² A análise deste material constatou duas classes de *criminosos*: os *eventuais* e os *habituais*. Estes últimos foram classificados pela frequência na prática delituosa e descobrindo-se que os cerca de 8% (oito por cento) mais ativos neste grupo eram responsáveis por aproximadamente de 60% (sessenta por cento) do total de crimes. Logicamente, aconselhava-se a *incapacitação* desta minoria como medida ótima em termos custo-benefício para redução dos índices gerais de *criminalidade*, sobretudo de natureza patrimonial.³¹³

Seus integrantes poderiam ser identificados entre os adultos (a) jovens, (b) usuários de drogas, (c) já criminalizados – especialmente se no início da adolescência – (d) sem estabilidade de emprego ou moradia, (e) que incorporaram o papel social de *bandido*, (f) com aspirações sociais incompatíveis com a própria renda e (g) que priorizam o benefício possível do ilícito sobre a possibilidade de serem pegos.³¹⁴ O problema, segundo os autores, era que a maioria destes atributos não chegava ao conhecimento dos agentes do sistema de

³¹¹ A “*RAND*” (sigla para “*Research and Development*”) é uma organização privada cujo propósito declarado é colaborar na formulação e implementação de políticas públicas eficientes mediante pesquisa e análise qualificada, como enfatiza seu lema: “Análise objetiva. Soluções efetivas”. Na prática, a “*RAND*” instrumentaliza os interesses de Mercado junto ao governo, tendo hoje enorme força política por representar algumas das principais corporações mundiais. Sua sede principal fica na Califórnia e foi fundada por ex-militares nos Estados Unidos em 1945, mantendo-se como um departamento vinculado à fábrica de aviões “*Douglas*” até 1948, quando se tornou independente e multidisciplinar, reunindo cientistas de diferentes campos, como economistas, físicos, psicólogos, químicos, engenheiros, matemáticos etc., sendo assim uma instituição pioneira entre as “*Think Tanks*”. Seu objetivo inicial era tentar antecipar as características de futuros conflitos bélicos e, a partir destes estudos, influenciar as estratégias de defesa nacional, sobretudo para produção e desenvolvimento de armamento de ponta. Com forte influência belicista, os interesses da “*RAND*” são hoje amplos e globais, incentivando a produção técnica nas mais diversas áreas, sendo um de seus principais interesses a *Política Criminal*. Fizeram parte da organização, por exemplo, os ex-secretários de Estado e Defesa dos Estados Unidos Condoleezza Rice e Donald Rumsfeld. Mais detalhes no próprio endereço eletrônico da organização: <http://www.rand.org>

³¹² 624 (seiscentos e vinte e quatro) homens de cinco prisões da Califórnia compunham a amostragem da pesquisa realizada em 1976. Outras informações sobre a metodologia da pesquisa em PETERSON, Mark A. e BRAIKER, Harriet B. **Who Commits Crimes**, p. 5-13.

³¹³ Justifica-se a ênfase na previsibilidade dos crimes patrimoniais porque os autores foram incapazes de estabelecer padrões para predizer carreiras criminosas violentas. PETERSON, Mark A. e BRAIKER, Harriet B. **Who Commits Crimes**, p.165-168.

³¹⁴ Vale notar que os autores não lograram definir uma adequação entre raça e *criminalidade* habitual de alta frequência, destacando inclusive que os índices de negros e hispânicos eram inferiores aos dos brancos, desde que se relativizasse a maciça presença de ambos nas prisões se comparada à sua representatividade na população em geral. Mais em PETERSON, Mark A. e BRAIKER, Harriet B. **Who Commits Crimes**, p. 43-150.

justiça criminal, notadamente por força das proibições normativas determinadas pelos princípios do *devido processo legal* e da *proteção da intimidade*, e os *prognósticos de risco* realizados exclusivamente sobre os dados objetivos disponíveis nos autos de processos criminais não se revelavam igualmente confiáveis.³¹⁵

Em todo caso, precedentes à parte, nenhum dos trabalhos dedicados à descrição das características dos tais *criminosos habituais* entre a população adulta foi mais importante do que o famoso relatório de Peter GREENWOOD.³¹⁶ Escrito em 1982 e dirigido à classe política estadunidense, já de início recomendava que esses critérios fossem incorporados para definição das sentenças condenatórias, determinando o aumento substancial da pena contra os portadores de indicadores estatísticos vinculados à *reincidência crônica* como medida preventiva.³¹⁷

Embora tendo ignorado a metodologia longitudinal por amostragem típica do “*cohort study*” e obtido seus dados sobre uma população de 2190 (dois mil cento e noventa) homens presos na Califórnia, Michigan e Texas por crimes patrimoniais,³¹⁸ as conclusões de GREENWOOD respaldaram integralmente a proposta da *incapacitação seletiva*, especialmente porque, ao contrário de seus predecessores, rejeitava a existência do efeito criminógeno da Execução Penal. Feita sob encomenda do Departamento de Justiça dos Estados Unidos e à semelhança dos trabalhos anteriores, sua pesquisa constatou que indivíduos que seguiam uma *carreira criminosa* respondiam pela maioria dos crimes registrados e que, ao contrário do que se supunha até então, não eram especializados – isto é,

³¹⁵ PETERSON, Mark A. e BRAIKER, Harriet B. **Who Commits Crimes**, p. 172-189.

³¹⁶ O autor era também integrante da “*Rand Corporation*”, conforme GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. iv. Embora a colaboração de Allan ABRAHAMSE para o relatório esteja referida na capa do trabalho, este não foi incluído como coautor do relatório.

³¹⁷ GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. v.

³¹⁸ Uma opção que se justificava por três motivos. Primeiro, em argumento relativo à precisão dos prognósticos, porque pesquisas anteriores indicavam que crimes sexuais ou contra a vida eram excessivamente difíceis de prever. Segundo, vinculado ao efeito colateral de redução do contingente prisional em tese promovido pela incapacitação seletiva, porque a superpopulação carcerária seria fundamentalmente provocada pela detenção dos acusados por crimes patrimoniais. Terceiro, de ordem prática, decorria do fato de estes indivíduos serem considerados menos perigosos, facilitando os arranjos institucionais para questioná-los nas penitenciárias. Síntese em GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. xiv-xv.

não ficavam adstritos à prática de apenas uma espécie de delito – aventurando-se com frequência por campos além do seu domínio habitual.³¹⁹ Como conclusão, a ação político-criminal mais inteligente seria o afunilamento da competência punitiva do Estado em desfavor desta população de *alto risco*, cujos membros poderiam ser identificados a partir de 7 (sete) fatores binários relacionados à *habitualidade criminosa*: (a) *reincidência específica*, (b) permanência na prisão por mais de 50% (cinquenta por cento) do tempo nos últimos 2 (dois) anos, (c) existência de condenação antes dos 16 (dezesesseis) anos, (d) passagem por instituição destinada a *menores infratores*, (e) uso de recente de drogas ou (f) na adolescência e (g) desemprego por mais de 50% (cinquenta por cento) do tempo nos últimos 2 (dois) anos. A partir dessa tabela – cujo índice de acerto oscilava segundo o próprio autor em torno de 50% (cinquenta por cento)³²⁰ – e independentemente do crime praticado, o indivíduo podia ser classificado como de *baixo* (zero e um ponto), *médio* (dois ou três pontos) ou *alto risco* (quatro pontos ou mais), consoante o sistema que denominou de “*Seven-Factor Scale*”.³²¹

GREENWOOD foi um dos maiores entusiastas da ideia de vantajosa redução simultânea da *criminalidade* e da população carcerária, vaticinando que o aumento na precisão dos *prognósticos atuariais* e a influência de critérios objetivos sobre as decisões judiciais permitiriam que em pouco tempo os *criminosos habituais* de *alto risco* ocupassem as vagas dos *eventuais* ou de *habituais* de *risco inferior* nas prisões. E tudo isso, diga-se de passagem, sem necessidade de maiores alterações legislativas ou substancial investimento público.³²²

Esta *eficiência* na orientação do sistema de justiça criminal a partir de *instrumentos atuariais* de poucos *fatores* – destinado a balizar a aplicação da pena em um mundo ideal – era didaticamente apresentada com a ajuda de

³¹⁹ Os dados foram fornecidos pelos próprios reclusos, que recebiam cinco dólares pela entrega do formulário preenchido. Sobre a metodologia e outros detalhes GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. 8-27 e 41-47.

³²⁰ GREENWOOD, Peter W. **Sentencing**, p. 127-128.

³²¹ Em tradução livre, *Escala de Sete Fatores*. Embora compartilhe as mesmas iniciais (“SFS”), não se confunda este modelo de prognóstico com o “*Salient Factor Score*” proposto por BURGESS na década de 30 e antes mencionado. Detalhes em GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. 50-53.

³²² GREENWOOD, Peter W. **Sentencing**, p. 130.

fórmulas e gráficos.³²³ De acordo com seu cálculo, sem a utilização de orientação *estatística* no sentenciamento seria necessário o encarceramento de 10% (dez por cento) dos assaltantes para produzir um decréscimo de 5% (cinco por cento) no número total de roubos. Em contraste, uma prática mais *seletiva* que adotasse sua tabela de 7 (sete) fatores e aumentasse a *incapacitação* dos condenados com *perfil* de *alto risco* em 25% (vinte e cinco por cento), redundaria na diminuição dos roubos em 5% (cinco por cento), com correspondente aumento da população carcerária em apenas 3% (três por cento). Por fim, argumentava, caso seu método fosse utilizado como parâmetro das sentenças contra todos os acusados, seria viável a quase milagrosa redução de 5% (cinco por cento) dos crimes com simultânea diminuição em 10% (dez por cento) do número de encarcerados.³²⁴ Nestes termos, em pouco menos de 100 (cem) páginas, coube ao seu trabalho sacralizar a *neutralização* dos criminosos de *alto risco* como única medida *razoável* no controle da *criminalidade* face ao iminente colapso do sistema penitenciário e do já comprovado fracasso das demais funções atribuídas à pena.³²⁵

A repercussão destas conclusões na Academia não demorou; apenas dois anos após a publicação do relatório, Mark H. MOORE endossava em coautoria e formalmente a proposta de *incapacitação seletiva* dos *criminosos perigosos* como objetivo central da *Política Criminal* norte-americana.³²⁶ Em um texto sem meias-palavras, diante de uma América “assolada pelo crime”, o distinto

³²³ GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. x-xiii e 70-85.

³²⁴ GREENWOOD, Peter W. **Sentencing**, p. 124-130.

³²⁵ GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. vii-x e 1-7. Paradoxalmente, no que se referia à *delinquência juvenil*, GREENWOOD insistia na proposta preventiva mediante reabilitação, que só deveria ser descartada para maiores de 16 (dezesseis) anos com mais de 5 (cinco) passagens pelo sistema de justiça criminal. Ver GREENWOOD, Peter W. **Sentencing**, p. 130-135.

³²⁶ Embasados nos trabalhos teóricos que estavam em moda, os autores consideravam ser justo e útil definir como *perigosos* aqueles que, durante um período de 3 (três) anos, reunissem no mínimo os seguintes atributos: (i) 2 (duas) condenações por crimes violentos praticados fora da prisão (“*street time*”) e (ii) 2 (dois) indiciamentos por ações violentas não contabilizadas no item anterior ou 2 (duas) condenações por delitos contra a propriedade. Embora contabilizassem os dados relativos à adolescência do examinado, os autores destoavam da maioria ao excluir de sua definição de *perigosidade* características não relacionadas aos antecedentes criminais, como histórico de emprego, dependência química, idade, situação familiar etc. De qualquer forma, com esse conceito, esperavam filtrar entre 5 e 10% (cinco e dez por cento) dos *criminosos*, para depois submetê-los a detenção prolongada a fim de garantir a segurança da população. Ver MOORE, Mark H.; ESTRICH, Susan R.; MCGILLIS, Daniel e SPELMAN, William. **Dangerous Offenders**, p. 53-62.

professor da “Escola de Governo John F. Kennedy” da Universidade de Harvard argumentava que, sob qualquer perspectiva, a *neutralização* desta minoria *violenta, incorrigível e persistente* estava plenamente justificada como medida para o controle *eficiente da criminalidade*.³²⁷

Por óbvio, WOLFGANG e FIGLIO não ficaram de fora deste movimento de extensão de suas premissas para a *criminalidade adulta* e – desta vez na companhia de Terence P. THORNBERRY – retornaram às amostras do primeiro estudo de amostragem por ano de nascimento para calcular os *fatores de risco* relacionados à *reincidência crônica* pós-adolescência.³²⁸ Neste novo trabalho os indivíduos com algum tipo de passagem pelo sistema de justiça criminal foram classificados na categoria de *criminosos jovens, adultos ou persistentes* (“*persistent offenders*”) isto é, aqueles com histórico desfavorável nas duas etapas de vida analisada, fundando uma distinção – depois reformulada por outros autores – decisiva para a pesquisa criminológica posterior. Responsável pela maior parte da *criminalidade*, a quantidade de *criminosos persistentes* foi definida em aproximadamente 39% (trinta e nove por cento) deste total, sendo composta predominantemente por *não-brancos* (“*nonwhites*”) com aproveitamento escolar abaixo da média.³²⁹ Os autores também ratificaram a afirmação de GREENWOOD sobre a não-especialização na prática de delitos e ressaltaram que a *delinquência* não só era um comportamento normal na adolescência, como estava sujeita a abrupta e definitiva queda após os 16

³²⁷ MOORE, Mark H.; ESTRICH, Susan R.; MCGILLIS, Daniel e SPELMAN, William. **Dangerous Offenders**, p. 9-22.

³²⁸ Os dados originais dos 9945 (nove mil novecentos e quarenta e cinco) homens nascidos em 1945 foram perdidos em um incêndio em 1968, obrigando os pesquisadores a trabalhar com uma amostragem destes dados salva por um colega em arquivo eletrônico e relativa a apenas 975 (novecentos e setenta e cinco) sujeitos. Ainda, vale lembrar que a investigação de *delinquentes habituais* entre adultos não havia sido feita antes sob alegação de impossibilidade de acompanhamento de todos os indivíduos nascidos em um determinado, dada a falta de dados disponíveis ao público sobre os mesmos, ao contrário do que acontecia entre os jovens, obrigados a passar pelo registro militar aos dezoito anos. O problema foi contornado por meio do acesso aos dados sigilosos dos adultos investigados, tendo o “*FBP*” revelado aos pesquisadores os registros criminais destes indivíduos até os 30 anos, como admitem FIGLIO, Robert M., THORNBERRY, Terence P. e WOLFGANG, Marvin E. **From Boy to Man, from Delinquency to Crime**, p. xiii.

³²⁹ Descobriu-se também que 7 (sete) em cada 10 (dez) indivíduos *não-brancos* teria contra si o registro da prática de um ato infracional ou crime antes dos 30 (trinta) anos. FIGLIO, Robert M., THORNBERRY, Terence P. e WOLFGANG, Marvin E. **From Boy to Man, from Delinquency to Crime**, p. 20-23.

(dezesseis) anos de idade, independentemente de qualquer intervenção, no que colocavam em dúvida a conveniência de esforços preventivos dirigidos à população mais jovem, como os propostos por FARRINGTON.³³⁰

Todavia, em termos de pesquisa empírica nesse âmbito, poucos se destacaram tanto quanto Terrie MOFFITT.³³¹ Psicóloga de formação e atualmente uma das responsáveis pelo maior estudo de “*birth cohort*” em andamento,³³² provocou grande repercussão na comunidade acadêmica ao analisar dados relativos à *criminalidade juvenil* e sua continuidade na vida adulta. Segundo a professora da Universidade de Duke a maior parte da *criminalidade* – dentro ou fora de seu *período crítico*³³³ – pode ser tributada a um grupo específico de *criminosos*, chamados *persistentes por toda a vida* (“*life-course-persistent*”), que em oposição aos *limitados à adolescência* (“*adolescence-limited*”) apresentam comportamento antissocial durante toda sua existência.³³⁴ Assim, embora objetivamente os tipos de injusto praticados por

³³⁰ Tendo em vista o sabido efeito criminógeno do sistema de justiça criminal, os autores desaconselhavam intervenção formal antes dessa idade, até porque adolescentes com frequentes passagens pela polícia tendiam a se converter em *reincidentes crônicos* quando adultos, um risco que aumentava quanto mais cedo fossem criminalizados. Outro motivo a sustentar a dúvida sobre as estratégias preventivas mais amplas dirigidas aos jovens foi a constatação de que a maioria dos crimes graves – referidos como “indexados” – era praticada por adultos sem histórico de *delinquência juvenil* – ou seja, que não compunham o grupo dos *persistentes*. Logo, ao menos à luz dos dados coletados, não havia base científica que justificasse os gastos governamentais com programas de prevenção da *criminalidade* adulta com foco em adolescentes. Vide FIGLIO, Robert M., THORNBERRY, Terence P. e WOLFGANG, Marvin E. **From Boy to Man, from Delinquency to Crime**, p. 20-36 e 45-48.

³³¹ A pesquisadora foi premiada com o “Prêmio Estocolmo em Criminologia” (“*Stockholm Prize in Criminology*”) em 2007, ao lado de Alfred BLUMSTEIN. O prêmio é concedido na capital da Suécia desde 2006 e quase todo financiado pelo milionário americano Jerry Lee. Informações sobre os ganhadores e critérios em <http://www.criminologyprize.com>

³³² O “*Dunedin Multidisciplinary Health and Development Study*” avalia a vida de 1037 (mil e trinta e sete) pessoas nascidas na cidade de Dunedin, na Nova Zelândia, entre 1º de Abril de 1972 e 31 de Março de 1973. Desse total, 535 (quinhentos e trinta e cinco) são homens, 502 (quinhentos e dois) mulheres. 1014 (mil e catorze) seguem vivos até a presente data. Os indivíduos foram avaliados aos 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 18, 21, 26, 32 e, recentemente, 38 anos de idade, o que continuará nos anos subsequentes. Em cada um dos encontros todos os membros do projeto se reúnem na cidade para uma avaliação que dura todo o dia e tem por objeto praticamente todos os aspectos de sua vida social, preenchendo-se um extenso formulário semelhante ao dos censos modernos (referindo-se a vida familiar, orientação sexual, renda, *hobbies* etc.) e incluindo-se exame médico (físico e mental) completo. Mais informações em <http://dunedinstudy.otago.ac.nz/>

³³³ Que corresponde, segundo os dados estatísticos do “*FBF*”, a um movimento crescente a partir dos 12 (doze) anos, alcançando seu pico entre os 17 (dezessete) e 21 (vinte e um) anos e, em seguida, sofrendo queda expressiva. Provavelmente a maior base de dados disponível sobre estatísticas criminais no mundo, o “*Uniform Crime Report*” está disponível para consulta em <http://www.ucrdatatool.gov/>

³³⁴ MOFFITT, Terrie E. **Natural Histories of Delinquency**, p. 3-61.

cada um dos membros desses grupos seja o mesmo, a determinação central de cada qual é bastante distinta.³³⁵

No grupo *limitado à adolescência* a prática de crimes seria consequência da necessidade de compensação de um *déficit de maturidade* (“*maturity gap*”), fenômeno próprio da juventude e que se resolveria pela aquisição de *capital simbólico*, definidos conforme a cultura, classe social, idade etc. Na medida em que a aquisição desses bens passa pela prática de um ato ilegal, estes adolescentes se tornam criminosos, embora não tendam à *reincidência* após a superação da mencionada falta. Já o comportamento desviante dos *persistentes* é determinado por uma *psicopatologia*, de causa neurológica ou genética, que não foi objeto de tratamento adequado, especialmente nos primeiros anos de vida. A ideia aqui é de que em cada etapa o comportamento antissocial é rotulado de modo distinto, mas a coincidência na quantidade média de indivíduos que corresponde a essas nomenclaturas que denotam desordens psíquicas em estudos longitudinais seria evidência cabal de que a *criança-problema* de hoje será o *delinquente* de amanhã. Assim, o grupo de cerca de 5% (cinco por cento) de meninos em fase pré-escolar considerados *muito difíceis de lidar* (“*very difficult to manage*”) estaria quase todo representado entre os 4 e 5% (quatro e cinco por cento) dos homens adultos mais tarde diagnosticados com “*Antisocial Personality Disorder*” (“*APD*” ou “*Desordem de Personalidade Antissocial*”). Nesse sentido, como sintetiza MOFFITT, “*nomenclature may change, but the faces remains the same*”.³³⁶

Logo, poder-se-ia descobrir os *persistentes* desde muito cedo, dada sua predisposição para o *comportamento desviante*. Os *prognósticos de risco* poderiam ser feitos a partir dos 4 (quatro) anos de idade, período no qual já se distinguiria com relativa facilidade aquele grupo – de 4 a 7% (quatro a sete por

³³⁵ A taxionomia proposta por MOFFITT é contemporânea a outras, construídas com o mesmo propósito. Assim, por exemplo, veja-se a distinção feita no mesmo ano entre os que começavam *cedo* ou *tarde* uma *carreira criminosa* (“*early or late starters*”), conforme PATTERSON, Gerald R. e YOERGER, Karen. **Developmental Models for Delinquent Behavior**, p. 140-172.

³³⁶ Em tradução livre, “a nomenclatura pode variar, mas os rostos permanecem os mesmos”. Por certo, a afirmação de que os rótulos mudam, mas as pessoas são as mesmas é uma clara rejeição ao “*labeling approach*” por parte da autora. Ver MOFFITT, Terrie E. “*Adolescence-limited*” and “*Life-course-persistent*” antisocial behavior, p. 678.

cento) do total – de crianças cujas síndromes antissociais aparecem no cotidiano de creches e escolas, notadamente sob as formas de agressividade e hiperatividade.³³⁷

Em todo caso, nos dois grupos seria decisiva a influência de fatores sociais criminógenos. Em relação aos *limitados à adolescência* a falta de recursos materiais para aquisição lícita de *bens simbólicos* favoreceria a aproximação dos jovens mais pobres à *criminalidade*. Já no que se refere aos *persistentes por toda a vida*, a baixa renda seria duplamente perniciosa. Primeiro, porque aumentaria a probabilidade de surgimento dos problemas psíquicos determinantes do *comportamento desviante* (por exemplo, pela maior probabilidade de uso de drogas pela mãe durante a gestação). Segundo, porque limitaria substancialmente o acesso aos cuidados especiais de efeito profilático que precisariam ser dispensados em favor daqueles que apresentam tendência ao comportamento antissocial, especialmente durante a infância, momento em que é mais necessário e eficaz.³³⁸ Assim, no que se refere aos *persistentes*, o defeito neurológico ou genético não é definido como ponto de chegada, mas de partida, que se agrava pela pobreza – uma *dupla determinação da criminalidade*, enfim. Estudos recentes em coautoria com Avshalom CASPI e embasados no “*Dunedin longitudinal study*” ratificam as hipóteses originais, descrevendo os fatores de *risco* na constituição de um *persistente* e seus potenciais catalisadores, o que autoriza antecipar a intervenção sobre crianças.³³⁹

³³⁷ No texto MOFFITT descreve o que seria o padrão de atuação desses “predestinados” ao crime: aos quatro anos a criança bate e morde os colegas; aos dez pratica pequenos furtos e falta às aulas; aos dezesseis furta veículos e vende drogas; roubam e estupram aos vinte e dois. Finalmente, aos trinta, chegam ao estelionato e à prática de crimes sexuais contra crianças. Ver MOFFITT, Terrie E. “**Adolescence-limited**” and “**Life-course-persistent**” antisocial behavior, p. 679-680.

³³⁸ Devido à escassez de recursos, crianças marginalizadas estariam mais sujeitas à vida familiar conflitiva, disciplina frouxa, educação formal precária, poucas opções de lazer etc. Isso, por sua vez, redundaria em maior dificuldade de socialização e acesso ao mercado de trabalho melhor remunerado, agravando-se ainda mais o problema. Em certo estágio, isso parece irreversível, conforme o fatalismo de MOFFITT, Terrie E. “**Adolescence-limited**” and “**Life-course-persistent**” antisocial behavior, p. 682-701.

³³⁹ Estudos recentes com base no “*Dunedin longitudinal study*” seguem o mesmo caminho, suportando as hipóteses originais. Ver, por exemplo, MOFFITT, Terrie E., CASPI, Avshalom, HARRINGTON, Honalee, MILNE, Barry. **Males on the life-course persistent and adolescence-limited antisocial pathways**, p. 179-207.

O trabalho de MOFFITT e CASPI é, sem dúvida, fundamental para a sedimentação contemporânea do conceito de *criminosos incorrigíveis* no cenário científico, articulando a pesquisa com adolescentes que ainda poderiam ser salvos com a repressão de adultos sem esperança. O pior, contudo, ainda estava por vir.

De fato, mesmo antes de sua pesquisa, já se anunciava a existência de um *subgrupo* especialmente *terrível* entre os *reincidentes crônicos*, que apresentavam expressiva tendência à prática de *crimes violentos*, cuja frequência e intensidade aumentavam com o tempo, até o limite da maturidade.³⁴⁰

Esta pesquisa começou no âmbito do “*Dangerous Offender Project*”, coordenado por Stuart MILLER, Simon DINITZ e John CONRAD, que identificou uma fração *violenta* dentro do conjunto de indivíduos de *alto risco*, com índice de *reincidência* em *crimes violentos* definido em torno de 50% (cinquenta por cento).³⁴¹ Essa diferenciação que os três pesquisadores sugeriam entre *persistentes* e *perigosos* era importante porque, se em princípio tanto *risco* quanto *perigosidade* indicam especial propensão para a prática de crimes, não deixam de ser atribuições independentes, de modo que o primeiro define as chances numéricas de um indivíduo ser selecionado pelo sistema de justiça criminal e o segundo denota vocação para *vitimização violenta*. Logo, indivíduos de *alto risco* podem não ser *perigosos*, e vice-versa.³⁴²

Encontrando repercussão tardia no anúncio dessa pequena comunidade de *criminosos* de *alto risco*, o objetivo fundamental e último da *incapacitação seletiva* mudou para a *neutralização eficiente* do pior grupo de seres humanos do qual se tinha notícia: os *violentos* com forte tendência à *reincidência*, isto é, os *perigosos*. Desde então, esses sujeitos também denominados de *predadores sociais* (“*social predators*”) são o alvo prioritário de todo o aparelho punitivo

³⁴⁰ Período compreendido após os 40 (quarenta) anos. FIGLIO, Robert M., THORNBERRY, Terence P. e WOLFGANG, Marvin E. **From Boy to Man, from Delinquency to Crime**, p. 76-86.

³⁴¹ MILLER, Stuart J., DINITZ, Simon e CONRAD, John P. **Careers of the Violent**, p. 213-223. O texto foi publicado 5 (cinco) anos antes do trabalho de WOLFGANG, FIGLIO e THORNBERRY e 11 (onze) anos antes das primeiras publicações de MOFFITT.

³⁴² Neste sentido, alguém que pratica vários furtos – sem o exercício de violência ou grave ameaça para subtração, portanto – pode apresentar “*alto risco*” de *reincidência*, mas não é “*perigoso*”. Quem pratica dois estupros, entretanto, pode ser definido como *perigoso* sem ser considerado de “*alto risco*”.

norte-americano, especialmente quando a violência é meio para a prática de crimes de natureza sexual, sendo então conhecidos como *predadores sexuais* (“*sexual predators*”), sobre os quais se recomendava intervir enérgica e rapidamente, de preferência logo nas primeiras etapas da vida adulta, considerado ser esse seu período mais ativo.³⁴³

Mas tudo isso era impossível, diziam os autores, sem o aumento da *eficiência* do sistema de justiça criminal, o que requeria adotar uma perspectiva *gerencialista*, em três etapas: primeiro, *identificar* os indivíduos com *perfil de risco*; segundo, *classificá-los* em busca dos *perigosos* e/ou de *alto risco*; terceiro, *neutralizar* estes elementos por longos períodos, sem se preocupar com sua (impossível) ressocialização. Para realizá-las de modo ideal exigia-se sempre a diminuição do controle legal no exercício da competência punitiva e a redução da discricionariedade dos agentes do sistema de justiça criminal, notadamente magistrados e promotores. Demanda que, como se verá adiante, produziu notáveis efeitos sobre o cotidiano forense. Cobrava-se, em acréscimo, o desenvolvimento de *instrumentos atuariais* de primeira linha, capazes de regular a *criminalização primária* de começo a fim.

Em que pese diferenças conceituais menores entre os autores, a premissa de que poucos *criminosos persistentes* de *alto risco* respondem pela maior parte da *criminalidade* e de que entre eles há um grupo especialmente *perigoso* foi praticamente consensual fora dos círculos críticos desde a década de 70. Apesar de ter perdido força na passagem ao século XXI, permanece até hoje como hipótese central para pesquisa empírica e fundamento da maioria das políticas públicas de segurança e não mais apenas na América do Norte. De fato, é a partir desta reorientação que torna ainda mais *seletiva* a *seletividade*, que os sinais mais claros de *internacionalização* deste novo paradigma *político-criminal* se fazem notar. Tanto que, em que pese a bibliografia sobre as propostas de *incapacitação seletiva* permanecer fundamentalmente anglo-americana, deste período em diante

³⁴³ Medidas para diminuir a oferta de carreiras criminosas também foram sugeridas, entre elas a revitalização do empobrecido centro da cidade para favorecer a integração social. As conclusões do trabalho estão resumidas em FIGLIO, Robert M., THORNBERRY, Terence P. e WOLFGANG, Marvin E. *From Boy to Man, from Delinquency to Crime*, p. 195-202.

aumentam substancialmente as contribuições de outros países na literatura técnica sobre o tema, notadamente na Europa continental. Esta vinculação mais geral aos interesses dos Estados capitalistas na segunda metade do século XX, aliás, pode ser confirmada pelo fato de a *Divisão de Assuntos Científicos* da *Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)* ter financiado encontros internacionais de pesquisadores da perenidade do comportamento criminoso a partir da perspectiva longitudinal, reunindo teóricos dos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Alemanha, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Suécia, França, Itália, Portugal, Japão e Grécia.³⁴⁴

O “estado da arte” desse conhecimento que se tornou global e relativamente consensual entre os setores políticos mais conservadores foi sintetizado em 2007 por Alex R. PIQUERO, Alfred BLUMSTEIN e David P. FARRINGTON em 10 (dez) máximas: (i) o início da atividade *delinquente* se dá entre os 8 (oito) e 14 (catorze) anos – respectivamente a menor idade revelada em entrevistas e a maior descoberta nos registros oficiais – e o fim entre os 20 (vinte) e 29 (vinte e nove) anos de idade, embora uma pequena minoria avance por toda a vida adulta; (ii) os picos de comportamento criminoso se concentram no final da adolescência, entre os 15 (quinze) e 19 (dezenove) anos; (iii) quanto mais cedo se começa a prática de delitos, tanto maior a probabilidade de uma longa e movimentada *carreira criminosa*; (iv) há uma relativa estabilidade na frequência comportamento criminoso, expressando-se a tendência da infância na adolescência e desta na maturidade; (v) uma ínfima parte da população – os *reincidentes crônicos* – comete uma grande quantidade de crimes, e em regra começam suas atividades com pouca idade, apresentam alta frequência individual na prática de crimes, que seguem longas carreiras; (vi) os *criminosos incorrigíveis* são, em geral e ainda que *violentos*, muito versáteis e menos especializados do que supõe as agências policiais; (vii) *criminosos persistentes* tendem a adotar um padrão de comportamento antissocial ou imoral, que inclui rotineira e substancial ingestão de bebidas alcoólicas, direção imprudente, vida

³⁴⁴ As atividades da “*Scientific Affairs Division*” da OTAN estão sumarizadas em KERNER, Hans-Jürgen e WEITEKAMP, Elmar G. M. (Orgs.). **Cross-National Longitudinal Research on Human Development and Criminal Behavior**, p. xv-xvi.

sexual promíscua etc.; (viii) ao ingressar na vida adulta, os *reincidentes crônicos* atuam menos em grupo e mais individualmente; (ix) as razões para prática de delitos mudam no final da adolescência: antes dos 20 (vinte) anos são bastante variáveis – incluindo o prazer da aventura na prática do proibido, tédio ou a expressão de um sentimento de revolta; depois dessa idade, o motivo utilitário é progressivamente dominante; por fim, (x) certos tipos de crimes tem relação com uma idade específica, e em regra começam mais tarde os mais graves, aumentando-se a diversificação até o final da adolescência, que depois tende à especialização.³⁴⁵

Para encerrar, talvez seja importante salientar que nem todos que trabalham com a metodologia do “*birth cohort*” e sobre o paradigma de *carreiras criminosas de alto risco* ou *perigosas* propõem a *incapacitação seletiva* como única ou principal resposta. É o caso de Lyle W. SHANNON, que em 1988 e a partir de 3 (três) amostras longitudinais por ano de nascimento enfatizou a influência da estrutura urbana – legado próprio da aproximação ecológica da *escola de Chicago* – sobre a formação de *reincidentes crônicos*, alegando que dados referentes a gênero ou raça significavam muito pouco sem análise contextual. As amostras se referiam a 1352 (mil trezentas e cinquenta e duas) pessoas nascidas em 1942, 2099 (duas mil e noventa e nove) em 1949 e 2676 (duas mil seiscentas e setenta e seis) em 1955 na cidade de Racine, no estado do Winsconsin. As informações coletadas ratificaram dois consensos. Por um lado, a normalidade da *delinquência juvenil*, tendo 90% (noventa por cento) dos homens entrevistados na pesquisa confessado a deliberada violação de lei penal antes dos 18 (dezoito) anos, sem que isso se repetisse no futuro e muito menos em relação a um fato mais grave. Por outro, que cerca de 5% (cinco por cento) dos indivíduos de cada amostragem vinculados a dois ou mais crimes graves (“*felonies*”) eram responsáveis por aproximadamente 75% (setenta e cinco por

³⁴⁵ Estas premissas já estavam delineadas no trabalho de **Key Results from the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development**, p. 149-151, mas repercutiram com mais força graças ao substancial respaldo das informações do que seria o quinto relatório do “CSDD”, elaborado em coautoria por BLUMSTEIN, Alfred; FARRINGTON, David P. e PIQUERO, Alex R. **Key Issues in Criminal Career Research**, p. 3-4 e 199-217.

cento) destes delitos e grande parte da *criminalidade* em geral.³⁴⁶ Entretanto, consciente da imensa falibilidade dos *prognósticos de risco* em relação ao comportamento futuro,³⁴⁷ SHANNON deixou de prescrever a *neutralização* destes sujeitos – geograficamente identificáveis – sequer como medida emergencial, porque isso aumentaria o ciclo de violência e não acabaria com as condições determinantes da produção deste tipo de criminoso. Sugeria, em outro sentido, reformas urbanas imediatas para integração social, o cuidado na estigmatização precoce de adolescentes e o aprimoramento de práticas informais para solução dos pequenos conflitos, evitando a passagem pelas instâncias oficiais e criminógenas da justiça criminal.³⁴⁸ No mesmo sentido, Rudy A. HAAPANEN concluía seu estudo sobre padrões criminosos defendendo que o aumento das penas contra os *criminosos de carreira* segundo modelos atuariais era incapaz uma redução consistente da *criminalidade* e, muito menos, *eficiente*.³⁴⁹

Menos enfáticos, John H. LAUB e Robert J. SAMPSON compartilhavam do descrédito da perspectiva incapacitante sob outra perspectiva. Sua pesquisa começou em 1987, mediante reconstrução, atualização e análise longitudinal da base de dados original dos GLUECK, com o objetivo de identificar os fatores associados à estabilidade do comportamento criminoso durante toda uma vida. Em 1993 publicaram suas primeiras conclusões, sustentando que quanto mais fortes os laços sociais desenvolvidos no ambiente de trabalho e familiar menor o *risco* de desvio; ressaltavam, ainda, que certos “*turning points*” (*momentos decisivos*) relacionados à profissão, casamento e serviço militar eram cruciais para entender os processos de continuidade e ruptura de padrão de comportamento durante o curso da vida adulta e, conseqüentemente, rejeitavam a estreita proposta pró-encarceramento, advogando uma política criminal mais ampla e informal para prevenção dos crimes mediante fortalecimento estatal dos

³⁴⁶ SHANNON, Lyle W. **Criminal Career Continuity**, p. 13-23, 122-128 e 183-193.

³⁴⁷ Síntese das conclusões em SHANNON, Lyle W. **Criminal Career Continuity**, p. 213-227.

³⁴⁸ SHANNON, Lyle W. **Criminal Career Continuity**, p. 95-120. Estratégias que, sob outro enfoque, foram exaustivamente desenvolvidas por GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleonor T. **Delinquents and Nondelinquents in Perspective**, p. 182-198.

³⁴⁹ HAAPANEN, Rudy A. **Selective Incapacitation and the Serious Offender**, p. 136-147.

modelos tradicionais de família, escola, vizinhança e trabalho.³⁵⁰ Dez anos depois, os então já famosos criminólogos ratificaram esta aposta na moralização burguesa dos indivíduos tendentes ao crime como estratégia preventiva mais eficiente, apenas promovendo pequenas alterações com o fim de vencer críticas de ordem metodológica.³⁵¹

Tratavam-se, não obstante, de vozes minoritárias: poucas dissonâncias teóricas à parte, a proposta de *incapacitação seletiva* de *persistentes* e *predadores* mediante *instrumentos atuariais* para aferição do *risco* individual foi integralmente assimilada pela classe política estadunidense, que a transformou no eixo central do programa oficial para *gestão da criminalidade*. Fundadas as bases teóricas da *incapacitação seletiva*, essa combinação transformou o antigo sonho de ampliar o âmbito de incidência da estatística aplicada no sistema de justiça criminal em uma realidade nos Estados Unidos, onde alguma forma de mensuração atuarial do *risco* individual é decisiva na orientação dos *processos de criminalização secundária* em mais da metade dos 50 (cinquenta) estados.³⁵²

³⁵⁰ LAUB, John H. e SAMPSON, Robert J. **Crime in the Making**, p. 1-5, 139-178 e 243-257. Quase uma década depois a tese de que “*turning points*” poderiam mudar a tendência ao comportamento antissocial foi diretamente contestada em MOFFITT, Terrie E., CASPI, Avshalom. **Childhood predictors differentiate life-course persistent and adolescence limited antisocial pathways, among males and females**, p. 355-375.

³⁵¹ Os autores entrevistaram os remanescentes da amostragem dos GLUECK até os setenta anos de idade, no que concluíram a mais extensa pesquisa no tempo sobre carreiras criminosas. Ver LAUB, John H. e SAMPSON, Robert J. **Shared Beginnings, Divergent Lives**, p. 1-60 e 114-149.

³⁵² Em que pese uma relativa desatualização dos dados, dada a dinamicidade do processo, segue a lista de HARCOURT com os estados que adotam instrumentos para aferição do risco nos Estados Unidos, seguido do método utilizado – só o mais comum, nos estados que utilizam vários – e o ano de sua adoção oficial. Ainda, anote-se que os 23 (vinte e três) primeiros (a-x) ainda contam com o sistema de “*parole*” e os 5 (cinco) últimos (i-v) não: (a) Georgia, “*Parole Decision Guidelines*”, 1979; (b) Iowa, “*Iowa Parole Board Risk Assessment*”, 1981; (c) Tennessee, “*Parole Grant Prediction Scale and Guidelines*”, 1982; (d) Alabama, “*Alabama Risk Assessment Tool*”, 1985; (e) Carolina do Sul, “*Parole Risk Assessment*”, 1985; (f) Dakota do Norte, “*LSI-R*”, 1990; (g) Missouri, “*Salient Factor Score*”, 1991; (h) Michigan, “*Parole Guidelines*”, 1992; (i) Colorado, “*Colorado Actuarial Risk Assessment Scale*”, 1993; (j) Arkansas, “*Post-Prison Board Transfer Risk Assessment*”, 1994; (k) Nevada, “*Parole Success Likelihood Factors*”, 1994; (l) Maryland, “*Uniform Assessment Policy and Uniform Sexual Offense Policy*”, 1997; (m) Nova Jérsei, “*LSI-R*”, 1998; (n) Ohio, “*Parole Board Guidelines*”, 1998; (o) Connecticut, “*Salient Factor Score*”, 1999; (p) Vermont, “*LSI-R*”, 2000; (q) Idaho, “*LSI-R*”, 2001; (r) Montana, “*Risk Assessment*”, 2001; (s) Pensilvânia, “*LSI-R*”, 2001; (t) Texas, “*Risk Assessment Instrument*”, 2001; (u) Utah, “*LSI-R*”, 2001; (v) Alasca, “*Risk Factor*”, 2002; (x) Kentucky, “*Kentucky Parole Guidelines Risk Assessment Instrument*”, 2003; (i) Delaware, “*Delaware Parole Board Risk Assessment*”, 1996; (ii) Flórida, “*Salient Factor Score*”, 1983; (iii) Maine, “*LSI-R*”, 2001; (iv) Dakota do Sul, “*Wisconsin Risk and Needs Assessment*”, 1990, e, finalmente, (v) Washington, “*LSI-R*”, 1991. As informações são de 2003. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 2-3, 79-80 e 286, n.2.

Agora que os *fins* do sistema de justiça criminal estavam pacificados, para realizar essa promessa de plena e *eficiente* prevenção bastava apenas *racionalizar* seus *meios*, uma missão que, como era de se esperar, enfrentou grandes dificuldades. De início, porque as normas jurídicas que regulavam o exercício da competência punitiva eram em larga medida incompatíveis com os parâmetros que deveriam ser obedecidos para a *gestão eficiente* do sistema. Depois, porque no cotidiano da repressão os funcionários públicos que operavam no sistema contavam com uma grande liberdade de ação, o que significava reduzir a previsibilidade do sistema. Consequentemente, a plena realização da *Política Criminal Atuarial* pressupunha tanto a subordinação formal do Direito, Processo e Execução Penal quanto material de policiais, promotores, juízes e agentes penitenciários. Ou seja, a prisão dos *criminosos* de *alto risco* e *perigosos* mediante *seleção atuarial* reclamava simultaneamente o esvaziamento da disciplina normativa e o fim da *discrecionariade* dos agentes da repressão, como forma de evitar a contaminação do projeto por fatores externos à sua própria lógica ou simplesmente imponderáveis. Processo que se analisa a seguir.

2.4. “*Taming the system*”: regras e metarregras sob controle atuarial

Como antecipado, a proposta *gerencialista* demandava autonomia para verticalizar a *lógica atuarial* na *incapacitação seletiva* dos indivíduos que representavam *alto risco* de *reincidência*, especialmente dos *perigosos* com vocação para crimes contra o exercício da liberdade sexual. A *gestão* da *criminalidade* deveria, enfim, superar princípios e regras do sistema penal e os escrúpulos e preconceitos dos agentes da repressão para realizar a promessa da *eficiência* em busca da *neutralização* dos piores elementos sociais.

Um movimento, enfim, de simultâneo abandono de *regras* e *metarregras*³⁵³ no cotidiano exercício da competência punitiva, que deveria ser guiada preferencial ou exclusivamente pela *estatística*. Fazia-se preciso, enfim, *racionalizar os processos de criminalização*, para reduzir ao mínimo as interferências legais e subjetivas que travavam seu melhor funcionamento.

Tal como antes demonstrado, livrar-se da maioria das proibições normativas para *incapacitação* foi tarefa bem executada pelo Poder Legislativo, sobretudo mediante edição das *leis do terror*, das quais o melhor exemplo é a lei dos “*Three strikes*”. Afastada a tutela jurídica, a rigorosamente inconstitucional detenção prolongada ou perpétua logrou ser legitimada satisfatoriamente, respaldada por substancial apoio popular. Entretanto, ampliar os limites da permissividade legal na reclusão não era suficiente para garantir que a *incapacitação* fosse efetivamente *seletiva* em base à *estatística*. Para *domar o sistema* (“*tame the system*”) era preciso, enfim, reduzir a margem de ação dos agentes públicos, controlando-lhes a *discrecionarietà* no exercício da *seletividade*.

Em princípio, a tentativa de reduzir a liberdade dos agentes da repressão penal não causava qualquer surpresa. A permanente tensão entre *discrecionarietà* e *procedimentalização* não só era própria do sistema penal

³⁵³ *Metarregras* descreve o modo objetivo de aplicação das regras formais no sistema social, consciente ou inconscientemente seguido por seus agentes. De acordo com a lição de Alessandro BARATTA a distinção entre *regras* e *metarregras* no exercício da competência punitiva – pressuposto para compreender a seletividade imanente ao sistema de justiça criminal contra minorias marginalizadas – pode ser compreendida por analogia à diferenciação introduzida na linguística contemporânea por Ferdinand de SAUSSURE entre “*langue*” (a língua) – a estrutura formal, objetiva e geral da língua – e “*parole*” (a fala) – o modo pela qual ela se manifesta concretamente em um determinado contexto por um indivíduo, conforme SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**, p. 15-28. Essa distinção foi redefinida por Aaron CICOUREL, que em sua análise interacionista sobre a construção do significado social de certas ações e a partir do trabalho de Noam CHOMSKY distinguiu as *regras superficiais* (“*superficial rules*”) dos indispensáveis procedimentos interpretativos e de aplicação dessas regras, depois chamadas *regras básicas* (“*basic rules*”). Vide CICOUREL, Aaron Victor. **The Acquisition of Social Structure**, p. 136-145 e 166-168 e CICOUREL, Aaron Victor. **Delinquency and the Attribution of Responsibility**, p. 142-157. Considerado o momento decisivo do *processo de criminalização*, as *metarregras* estão desde o final da década de 60 no centro da pesquisa criminológica, em grande medida pelas contribuições científicas em SACK, Fritz. **Neue Perspektiven in der Kriminologie**, p. 458-472 e SACK, Fritz. **Definition von Kriminalität als politisches Handeln**, p. 12-15. Para a melhor síntese do tema e fundamentação da revolução paradigmática produzida na criminologia pelo “*labeling approach*”, vide BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, p. 101-116. Todavia, a análise crítica e concisa da repercussão destas categorias na teoria da pena tem sua melhor expressão em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 442-446.

norte-americano, mas seu traço mais característico desde a década de 50, como explica Samuel WALKER.³⁵⁴ Fenômeno que se acentua dos anos 70 em diante, quando setores progressistas assumem a bandeira em favor do controle objetivo da *seletividade* criminalizante, na medida em que o tratamento grosseiramente desfavorável dispensado contra a população marginalizada se torna evidente, sendo ilustrado pelos célebres e lamentáveis episódios nos quais o preconceito racial é determinante da brutalidade policial.³⁵⁵

A diferença, agora, estava no lugar de onde se esperava a contenção dessa *discrecionalidade*. Inicialmente, confiava-se na regulamentação jurisprudencial para controlar um processo que insistia em operar na ilegalidade, sobretudo a emanada dos tribunais superiores. A vitrine desse tipo de iniciativa foi o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em “*Miranda v. Arizona*”, a partir do qual se consolidou o procedimento técnico a ser observado na prisão de um suspeito. Todavia, a confiança na disciplina formal de um procedimento para garantir sua higidez material logo foi provada ingênua, como denunciavam os

³⁵⁴ O marco na “descoberta” do “problema” da *discrecionalidade* dos agentes de justiça criminal é a pesquisa conduzida pela “*American Bar Foundation*” em 1956, que revelou o amplo predomínio de *metarregras* na atividade policial, que operava fundamentalmente na ilegalidade. Detalhes em WALKER, Samuel. **Taming the System**, p. 6-10

³⁵⁵ Entre vários exemplos são especialmente famosos os casos “Edward Garner” e “Rodney King”. O primeiro se refere ao histórico e triste episódio de 1974, no qual o jovem Edward Garner de apenas 15 (quinze) anos de idade foi morto por tiros disparados em suas costas pela polícia do Tennessee, quando escalava uma grade de metal. Como justificativa para a morte, os policiais alegaram que ele era suspeito de furto e continuou a escalada mesmo após ouvir a ordem para parar e descer. Considerada típica manifestação de racismo – pois segundo a opinião pública os policiais não atirariam em Edward se ele fosse branco – o caso foi levado à Suprema Corte americana, que em 1985 reduziu a *discrecionalidade* dos policiais em casos de suspeitos em fuga, declarando inconstitucional a legislação estadual que permitia disparar após o primeiro aviso. O segundo trata da brutal agressão contra Rodney King, negro de 25 (vinte cinco) anos que foi vítima de vários policiais brancos de Los Angeles em março de 1991. Rodney estava sendo perseguido por ultrapassar o limite de velocidade e fugiu sem parar por medo de que o incidente fosse revogar a “*parole*” que lhe fora concedida em função de uma condenação de 2 (dois) anos por roubo. Embora não oferecesse resistência à prisão, foi alvejado por um “*taser*” (arma de eletrochoque) duas vezes e depois brutalmente agredido por golpes de cassetete e pontapés. Em seguida, foi algemado e deixado ao lado da estrada à espera de auxílio médico. O fato foi gravado por um cinegrafista amador e repercutiu de forma explosiva em todos os Estados Unidos. Protestos civis irromperam por Los Angeles quando, após o primeiro julgamento, os policiais foram absolvidos por um júri de maioria branca, resultando em 55 (cinquenta e cinco) mortos e 2300 (dois mil e trezentos) feridos nas ruas. O problema é que reformar a decisão do júri violaria a *cláusula do duplo risco de condenação* (“*double jeopardy clause*”), que proíbe colocar alguém sob o risco de ser condenado a uma pena pelo mesmo fato mais de uma vez. Para superar esse óbice, a Suprema Corte alegou que uma Corte Federal poderia voltar a julgar o caso pois, pela *doutrina da soberania dupla* (“*dual sovereignty doctrine*”), as diferentes esferas (estadual e federal) não estavam obrigadas aos mesmos princípios. Narrativa dos casos em WALKER, Samuel. **Taming the System**, p. 3-23 e descrição dos problemas com a “*double jeopardy clause*” a partir do caso “Rodney King” em RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**, p. 134-135.

diferentes casos de violência policial praticada enquanto cinicamente se proclamava a *advertência de Miranda* (“*Miranda warning*”).³⁵⁶ Apostas posteriores em regulamentação administrativa e reforço nas esferas de controle interno – na forma Corregedorias autônomas e com maior poder – tampouco apresentaram melhores resultados, apontando a necessidade de soluções alternativas e não-normativas.³⁵⁷

Considerando, portanto, que a pura edição de *regras* judiciais ou administrativas era incapaz de conter as *metarregras* em todos os momentos da *criminalização secundária*, o uso de *instrumentos atuariais* para disciplinar a atividade pareceu ser uma opção lógica, porque garantia impessoalidade e objetividade no exercício da competência punitiva. Afinal, o *gerencialismo* na *Política Criminal* contemporânea – especialmente o racionalizado pela *lógica atuarial* – é expressão de uma aproximação pragmática em relação à *criminalidade* que ressuscita a promessa de imparcialidade, e de acordo com as melhores expectativas, efetivamente evitaria a influência de preconceitos, idiosincrasias, convicções políticas, traumas e experiências pessoais etc. no “*decision making*” dos agentes responsáveis por investigar os cidadãos, denunciá-los, decidir sobre sua imputabilidade, julgá-los e executar as penas eventualmente impostas. Expressava, portanto, objetivos comuns dos *projetos governamentais* das duas principais correntes políticas dos Estados Unidos, prometendo *eficiência* para os conservadores e *neutralidade* para os liberais.

Paradoxalmente, como se vê, a demanda por controle real implicava abandono das formas tradicionais de controle legal, pois a *gestão eficiente e impessoal* da *criminalidade* só seria um projeto viável com a desregulamentação judicial dos *processos de criminalização*. A própria lei penal deveria ser

³⁵⁶ Elemento frequente em filmes policiais, em cenas onde um policial anuncia ao recém detido em tom artificial e bom volume que ele “tem direito de se manter calado; que tudo que disser pode e será usado contra ele em juízo; que ele tem direito de contratar um advogado para ajudá-lo, exceto se não puder pagá-lo, caso em que o Estado providenciará um”. Na prática, nada além do que uma menção explícita aos direitos fundamentais dos cidadãos americanos previstos na quinta e sexta emendas da Constituição. Mais em WALKER, Samuel. **Taming the System**, p. 14-20.

³⁵⁷ Embora não constitua objeto de análise, a solução encontrada para tentar reduzir a *discrecionalidade* dos agentes da repressão na *criminalização secundária* é paralela a um intenso processo de profissionalização, que envolve uma especialização extrema dos diferentes atores envolvidos neste processo. Mais sobre o tema e suas consequências no sistema de justiça criminal em COHEN, Stanley. **Visions of Social Control**, p. 161-176.

reformulada, abandonando parâmetros axiológicos de justiça e abrindo espaço para a *automação* da repressão, transformando policiais, promotores, juízes e agentes penitenciários em *gestores*, que não precisam definir suas ações em base a interpretações pessoais ou normativas, mas somente a partir do *cálculo atuarial* aplicado.

O cenário estava montado, assim, para que a *lógica atuarial* dirigisse os papéis de todos os atores oficiais que intervém na *criminalização secundária*. Longe de se restringir à avaliação para concessão do “*parole*”, onde teve primeiro se manifestou, articula-se contemporaneamente em todo o sistema de justiça criminal, da Execução Penal à orientação das atividades policiais. A confiança nos *instrumentos atuariais* é tanta que entre suas atribuições contemporâneas incluem-se (a) definir as condições de vida dos condenados no interior da prisão e sob liberdade supervisionada, (b) decidir sobre a concessão de benefícios como “*probation*”, “*parole*”, “*furloughs*” etc., (c) estabelecer critérios de cautela para *delinquentes sexuais*, inclusive mediante diagnóstico de *risco* de comportamento violento, (d) fundamentar sentenças e calcular penas, (e) distinguir se é o caso de oferecer ou não denúncia contra os indiciados e (f) orientar a investigação de crimes e abordagem de suspeitos. Para cada um destes fins, existe um *prognóstico de risco* específico, voltado para os profissionais que atuam nestes setores. A tentativa é de, na medida do possível, apresentá-los conforme sua melhor localização temática, embora em vários momentos isso seja simplesmente impossível, dada a relação de contínua interferência entre os diferentes estágios dos *processos de criminalização*, que não são independentes.

Seguindo a ordem lógica, a análise começa pelo exame dos *instrumentos atuariais* na Execução Penal e termina na avaliação do impacto da *estatística* aplicada sobre a discricionariedade dos agentes da repressão, organizados em torno da polícia, dos órgãos de acusação formal e do judiciário. Iniciar pela Execução Penal se justifica porque, como visto, o uso da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal começou pelo auxílio às “*Parole Boards*”, calculando a *probabilidade de reincidência* futura como critério de decisão. Natural,

portanto, que sua influência se estendesse primeiro sobre os demais domínios da execução da pena.

2.4.1. “*Inmate management*”: a lógica atuarial na Execução Penal

O uso de *instrumentos atuariais* no último estágio do processo de *criminalização secundária* foi efetivamente bastante dilatado pelo fluir do tempo, superando até mesmo as mais ousadas predições da década de 30.³⁵⁸ De fato, e nada obstante sua ampla disseminação nos demais estágios do sistema de justiça criminal, o campo preferencial da *lógica atuarial* continua a ser o da Execução Penal, onde cumpre a missão fundamental de *classificar* os condenados – homens ou mulheres, adultos ou jovens, de *baixo* ou *alto risco* – para atender, a seu modo, ao *princípio da individualização* da pena privativa de liberdade.

A verdade é que esta *classificação atuarial* afeta profundamente as condições de vida no cárcere, a começar pela definição do regime inicial. Mas não apenas: informa também decisões mais específicas acerca da distribuição dos corpos no interior do sistema prisional, diferenciando os que demandam pouca supervisão dos que devem ser monitorados de perto ou até mesmo confinados em celas solitárias, seja por especial tendência à fuga, propensão a desafiar a disciplina interna ou capacidade de liderança. De igual modo, contribui na *identificação* dos que provavelmente irão sofrer algum *distúrbio mental* por força da execução da pena ou dos que apresentam maior probabilidade de tentar o suicídio, justificando tratamento diferenciado. A elegibilidade para participar de atividades educacionais e recreativas durante o cumprimento do castigo ou para ser premiado com benefícios – como um “*furlough*” – seguem o mesmo

³⁵⁸ Vide, por exemplo, as recomendações de Elio MONACHESI e do casal GLUECK. O primeiro, de maneira mais tímida, defendia a aplicação da *lógica atuarial* não só no “*parole*”, também na “*probation*”; Sheldon e Eleanor, por sua vez, recomendavam o método para ajustar a dosimetria da pena, especialmente de *reincidentes*, e para definir grau necessário de supervisão sobre o liberado após a sentença condenatória. Ver MONACHESI, Elio D. **Prediction Factors in Probation**, p.1-133 e GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**, p. 280-296.

caminho.³⁵⁹ Por último, os *prognósticos de risco* também se fazem presentes ao final da execução institucionalizada da pena, ao ajustar o grau de supervisão ao qual estarão sujeitos os presos depois de soltos.³⁶⁰

Historicamente, o uso de *instrumentos atuariais* em matéria de Execução Penal além das “*Parole Boards*” só se intensificou a partir da segunda metade da década de 70, quando uma série de decisões judiciais obrigou os governos federal e estadual a usar o espaço livre em *cadeias* (“*jails*”) para aliviar a miséria humana resultante da *superpopulação carcerária* em prisões (“*prisons*”) e penitenciárias (“*penitentiaries*”).³⁶¹ Entretanto, como sói acontecer em termos de política pública, aquilo que deveria ser *exceção* transformou-se em *regra*; desde que a *medida emergencial* de remanejamento de condenados foi posta em prática, a quantidade de pessoas cumprindo pena em “*jails*” não parou de aumentar, sem que as prisões ou penitenciárias diminuíssem suas populações. O problema é que as *cadeias* não haviam sido construídas para o cumprimento de longas sentenças (“*long-term sentences*”), faltando-lhes espaço para adequar a pena ao condenado. Exatamente porque destinada a breves detenções e hipóteses menos graves de incriminação, sua reduzida dimensão física – que privilegia espaços comuns e padronizados – impedia ou limitava a possibilidade de dispor os presos em alas ou celas separadas ou especiais, frustrando de igual modo a oferta de programas de trabalho, educação, cultura e lazer, comuns em grandes

³⁵⁹ Ironicamente, a seleção dos candidatos aptos ao “*furlough*” é denominada de “*creaming*” por alguns autores, na medida em que os eleitos constituiriam a “*nata*” entre os presos, conforme CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 8.

³⁶⁰ Embora neste último caso a preocupação não seja com a prática de novos crimes além da prisão, mas entre seus limites. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 7-8

³⁶¹ “*Jails*” são – em oposição a “*prisons*” e “*penitentiaries*” – instituições originalmente responsáveis pela custódia de presos em flagrante ou sujeitos a medidas cautelares pessoais antes do julgamento, bem como por executar a pena aplicada para pequenos delitos (“*misdemeanors*”) por tempo não superior a 1 (um) ano. Normalmente mantidas pelas cidades e “condados” (“*counties*”) e, raramente, pelo estado. Explicação em CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 106-107. No Brasil, equivale, *mutatis mutandis*, as “*jails*” equivalem às cadeias públicas previstas no artigo 102 e seguintes da Lei de Execução Penal. Em todo caso, diante da ausência de casas de custódia na maior parte das comarcas, no Brasil ainda é regra a manutenção de presos provisórios em delegacias, que não podem fazer custódia de presos segundo a lei – mas fazem, mesmo assim. Mais: apesar da tragédia humana que provocam, não há a menor preocupação em construir cadeias públicas; apenas como exemplo, em todo o estado do Paraná existem apenas 4 (quatro) Casas de Custódia para realizar essa função, o que é absolutamente insuficientes para atender à enorme quantidade de presos provisórios determinada pela banalização de cautelares pessoais pelo Poder Judiciário, que sob pretexto de etérea proteção da “segurança pública” é capaz de prender a própria sombra – preventivamente. Informações em www.depen.pr.gov.br

estruturas prisionais (aptas a abrigar biblioteca, quadras de esporte, oficinas, salas de aula etc.). Coube, assim, aos *instrumentos atuariais* identificar os presos de *baixo risco*, que por sua menor propensão à violência, fuga, ou capacidade de liderar rebeliões eram aptos a cumprir a pena em “*jails*” sem causar maiores problemas. Neste contexto, as ferramentas para cálculo do *risco* individual não só liberariam vagas nas prisões e penitenciárias para receber a crescente população carcerária, como também ajudariam a atenuar as mazelas provocadas pela recepção de presos permanentes em uma estrutura precipuamente construída para fins de detenção cautelar, ao identificar entre eles quais deveriam ser submetidos a disciplina mais intensa, merecendo atenção *especial* – no sentido de redução do contato social, diferentes horários para refeições, atividades recreativas etc. Posta em prática, a experiência foi considerada um sucesso e, em pouco tempo, a descoberta de que *prognósticos de risco* ajudavam a *gestão* das “*jails*” ecoou por todo o sistema penitenciário. Desde então, fundado o consenso de que melhores decisões são tomadas quando há prévio conhecimento da *classificação de risco* de cada preso, negar o uso dos *instrumentos atuariais* seria simplesmente irresponsável.

A tendência contemporânea é, portanto, aceitar a *classificação* objetiva dos reclusos (“*inmate classification*”) mediante *prognósticos de risco* como indispensável para uma *gestão eficiente* da população carcerária (“*inmate management*”), em tese resultando em benefícios tanto para os responsáveis pela custódia quanto pelos próprios encarcerados. Além disso, face ao baixo custo operacional desta tecnologia, os exames poderiam ser refeitos com frequência, tornando-se a *classificação* uma atividade permanente durante toda a Execução Penal, adequando-a com o fluir do tempo sem onerar o contribuinte.³⁶² Desde que começou, o processo de *classificação* mudou muito pouco e continua bastante simples, sendo realizado tanto no início quanto durante o período de vida em reclusão.

³⁶² Afinal, quanto maior o grau de supervisão pessoal exigido pelo condenado, tanto maior o custo para o Estado; identificar presos de baixo risco significava, no fim das contas, menos gastos com vigilância, disciplina e sanção. CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 4-7, 105 e 200-205.

De partida, conforme o *perfil de risco* identificado por um *instrumento atuarial* os presos são distribuídos em estabelecimentos de segurança *máxima, média, mínima* ou *comunitária* e em cada um deles submetidos a 4 (quatro) diferentes níveis de custódia: *alta, baixa, próxima* ou *protetora*, sendo esta última voltada para aqueles que representam *risco* para si próprios.³⁶³ Dependendo da subdivisão na qual são enquadrados, os *prognósticos de risco* também opinam quem deve ser a companhia imediata do condenado dentre as opções disponíveis, especialmente na figura do *companheiro de cela* (“*cellmate*”). Decide-se, então, recomendar ou desaconselhar a participação em programas terapêuticos, de educação ou trabalho em função dos resultados da *classificação*, o que inclui teste de coeficiente intelectual.³⁶⁴ Agenda-se, por fim, a data da próxima avaliação. Convém destacar que essa primeira mensuração, feita imediatamente antes do ingresso do condenado no sistema penitenciário, utiliza ferramenta estática e pouco seletiva, cuja atribuição é apenas diferenciar os *melhores* dos *piores* para, em função do resultado, minimizar o *risco* de incidentes logo no início da execução. É pacífico que mais só será possível descobrir com o passar do tempo.³⁶⁵ E é interessante notar que os *instrumentos atuariais* específicos para esse propósito normalmente valoram a *reincidência* de maneira inversa, pois segundo as *estatísticas* oficiais são aqueles que mais frequentaram unidades prisionais os que menos causam problemas na vida cotidiana dentro das prisões, tendo superado o conflituoso processo de

³⁶³ No sentido de apresentar tendência à auto-lesão ou ao suicídio. Em inglês a classificação é “*maximum*”, “*medium*”, “*minimum*” ou “*community security*” e “*high*”, “*low*”, “*close*” ou “*protective custody*”. Atualmente o monitoramento eletrônico de presos pode ser tanto uma forma de cumprir a pena quanto um grau de supervisão. Existem, por certo, ligeiras variações nesses critérios conforme cada estado. Ver CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 108-109 e 115-118.

³⁶⁴ Baixo quociente de inteligência (QI), por exemplo, seria determinante de maior *risco* de *reincidência* diante da incapacidade futura de lograr um bom emprego, e desaconselharia investimento estatal na *ressocialização*. CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 202-205.

³⁶⁵ Embora sem utilizar mecanismos atuariais, a tarefa é muito semelhante àquela atribuída ao Centro de Observação do artigo 96 da Lei de Execução Penal brasileira ou, em sua falta, pelas Comissões Técnicas de Classificação do artigo 6º da mesma Lei. No Paraná tal função é exercida pelo *Centro de Observação Criminológica e Triagem (COT)*, que subordinado ao *Departamento Penitenciário do Paraná (DEPEN)* da Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, encaminha os condenados a pena de reclusão em regime fechado e semiaberto para as instituições mais “adequadas” conforme critérios na área social, psicológica, de saúde e jurídica. Detalhes em www.depen.pr.gov.br

aprendizado dos valores e regras da disciplina interna, ao contrário dos mais imprevisíveis “*first-timers*”.

Os exames posteriores à *classificação* inicial são repetidos com frequência pré-determinada. Na medida em que elementos estáticos dizem muito pouco sobre como se comportará o preso em sua rotina, essas reavaliações são consideradas imprescindíveis para os *atuários*, embora nem todos os estados americanos as realizem. Diferentemente da *classificação* inicial, o trabalho não é feito por uma unidade central de individualização, mas por comissões localizadas dentro dos próprios estabelecimentos prisionais. Por sua natureza dinâmica, fazem o ajuste fino da primeira seleção, avaliando o progresso ou retrocesso do encarcerado de acordo com os objetivos traçados na fixação das condições iniciais.

Como se vê, a *classificação atuarial* durante a execução da pena é decisiva na organização de todos os aspectos da vida do condenado, produzindo consequências imediatas e futuras da maior importância. Claro que, à semelhança do que acontece nos demais campos do sistema de justiça criminal, os agentes responsáveis pela execução penal podem eventualmente desafiar as recomendações dos *instrumentos atuariais* no que tange à aferição do *risco* que o preso representa. Porém, como isso requer o esforço adicional de fundamentar o exercício de sua discricionariedade em critérios objetivos, esta opção se torna incomum diante da economia de análise à disposição. De igual modo, também é possível relativização das decisões fundadas na *lógica atuarial* em virtude de uma medida judicial delineada na sentença condenatória. Assim, por exemplo, se o juiz determina que o condenado cumpra a pena em prisão de *segurança mínima*, o Departamento Penitenciário deve se esforçar para atender a essa recomendação, ainda que o instrumento de aferição de *risco* indique que o indivíduo em questão estaria mais bem alocado em penitenciária de *segurança máxima*. Em todo caso, nos Estados Unidos, a palavra final ainda pertence aos técnicos da Execução Penal, prevalecendo a competência administrativa sobre a decisão judicial na *gestão* dos encarcerados. Tanto que, como demonstra Dean J. CHAMPION, os recursos judiciais dos presos que contestam a *classificação* e

condições de cumprimento da pena impostas pela autoridade local tendem ao fracasso, ainda mais em uma época na qual as decisões são racionalizadas pela *lógica atuarial*.³⁶⁶

O problema é sempre maior quando se tratam de *menores infratores*, cujo comportamento futuro dentro das instituições de custódia é reportado como muito menos previsível. Essa é uma das razões pelas quais normalmente se incluem *diagnósticos clínicos* na *classificação de risco* de jovens sujeitos à restrição da liberdade ambulatorial. Um dos mais famosos *instrumentos atuariais* entre os que servem a este propósito é o “*Minnesota Multiphasic Personality Inventory*” ou “*MMPI*”, que constitui a base de diversos outros testes, aplicados a jovens e adultos e consiste em 550 (quinhentos e cinquenta) itens com resposta ao estilo *verdadeiro* ou *falso*, dedicados a definir o *perfil* do adolescente condenado e, em função do resultado, o grau de supervisão necessário. Apesar de seu propósito inicial vinculado à ideia de *tratamento*, o “*MMPI*” tem se mostrado mais útil como instrumento auxiliar na gestão de presos. Um de seus produtos derivados é o “*AIMS*” ou “*Adult Internal Management System*”, que em base a critérios específicos classifica o adulto em uma de 5 (cinco) categorias, cada qual com um correspondente lugar na penitenciária. Desenvolvido por Herbert QUAY – e por isso eventualmente referido como “sistema de *classificação Quay*” – o resultado do “*AIMS*” aparece após o preenchimento de dois *checklists*, que tratam de aspectos comportamentais anteriores e contemporâneos à reclusão, com 27 (vinte e sete) e 41 (quarenta e um) fatores, respectivamente.³⁶⁷ Defensores do modelo alegam que a violência interna nos estabelecimentos penais da Carolina do Sul caiu em 18% (dezoito por cento) já no ano seguinte à sua implementação, em 1986, o que fez os estados de Utah e Missouri seguirem a tendência nos anos subsequentes, e em parte provando que a década de 80 é o marco na dispersão desses instrumentos pelos Departamentos Penitenciários de quase todos os

³⁶⁶ CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 109, 114-115 e 126.

³⁶⁷ Respectivamente, “*Checklist for the Analysis of Life History Records of Adult Offenderes*” e “*Correctional Adjustment Checklist*”. O Manual de Treinamento para implementação do “*AIMS*” em Missouri incluía a recomendação de mascarar o resultado para os internos, redefinindo-se presos agressivos, energéticos, com capacidade de liderança e pensamento rápido como *prisioneiros alfa*, por exemplo. Detalhes em SPIEKER, Diane J. e PIERSON, Timothy A. **Adult Internal Management System** (AIMS), p. 5-37. Tabelas nas p. 51 e 55.

estados americanos. Apenas para ilustrar, Iowa passou a adotar oficialmente um sistema de classificação em dezembro de 1983, depois reavaliado em 1992 e em 1986 o estado do Arizona escreveu o primeiro manual sistemático para classificar os condenados antes de começar a cumprir a pena, mais ou menos na mesma época que Illinois. Além do “*AIMS*” outro sistema usado com frequência nesse campo é o “*Interpersonal Maturity Level Classification System*”, popularmente conhecido como “*I-Level Classification*”. É uma estranha mistura de teorias com diferentes aproximações sobre o conceito de personalidade e aplicada a jovens por psicólogos e psiquiatras em longas entrevistas clínicas. Os sujeitos são classificados em “*I-Levels*” que variam do “*I-1*” ao “*I-7*”, a representar o melhor nível de “ajuste social” e, portanto, menor *risco* de provocar distúrbios na ordem carcerária. Segundo seus proponentes, *delinquentes juvenis crônicos* normalmente são diagnosticados entre “*I-1*” e “*I-3*”. Apesar da sua anunciada capacidade diagnóstica, sua adoção para fins de *classificação* acabou sendo barrada pelo alto custo que implica, haja vista a grande quantidade de tempo e profissionais envolvidos no procedimento.³⁶⁸

Fora da *delinquência juvenil*, no estado do Arizona, homens e mulheres são recebidos no sistema penitenciário e submetidos a inúmeros exames, para em seguida serem classificados conforme o “*Correctional Classification Profile*” (“*CCP*”).³⁶⁹ O “*CCP*”, que também é utilizado nos estados da Carolina do Sul, Alabama e Pensilvânia, é um típico exemplo de “*Risk/Needs Classification System*”, no sentido de que aquilo que for identificado como fator de *risco* individual também determina uma *necessidade* especial do preso. Assim vistos, o histórico de uso de drogas e a pouca idade do condenado deixam de ser apenas indicadores de maior *perigosidade*, para determinar também cuidados especiais durante a execução da pena sob a forma de tratamento médico ou psicológico. Nesse campo, aliás, os modelos são bastante similares. O estado do Colorado usa o “*Colorado Actuarial Risk Assessment Scale*” e o Alabama o “*Initial Inmate*

³⁶⁸ CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 25-26 e 111.

³⁶⁹ De exames clínicos a testes de QI, os condenados são cuidadosamente analisados. As avaliações cognitivas incluem os célebres “*Wide Range Achievement Test*” (“*WRAT*”) e o “*16 Personality Factors*” (“*16PF*”), conforme CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 118.

Classification Security Level”; o primeiro com 11 (onze) e o segundo com 9 (nove) *fatores de risco*, vários deles em comum. No Tennessee o “*Initial Classification Custody Assessment Form*” faz a diferenciação primária do preso em base a 8 (oito) fatores e o estado do Idaho vale-se do mais simples “*Initial Classification Score Sheet*”. O Departamento Penitenciário do Havaí possui dois instrumentos para *classificação* inicial, sendo um deles específico para sentenças de curta duração, o “*Short-Term Inmate Security Designation*”, fundado em apenas 6 (seis) critérios.³⁷⁰ Já para fins de *reclassificação*, o Havaí utiliza o “*Reclassification Instrument*”, o Alabama o “*Inmate Reclassification Security Level*” e Tennessee o “*Reclassification-Custody Assessment Form*”. Esses últimos privilegiam os dados relativos à execução da pena, pontuando a existência de faltas disciplinares e sua gravidade para definir avanços ou retrocessos na progressão da pena em direção à liberdade.³⁷¹ Com a emergência do “*truth sentencing*”, a quantidade de benefícios à disposição dos presos foi significativamente reduzida e gradativamente substituída pela mais rigorosa oferta de “*good-time credits*”, cuja concessão depende de avaliação *atuarial* e periódica do comportamento do preso.³⁷²

Jovens ou adultos, fato é que os *instrumentos atuariais* destinados a *racionalizar* a *gestão* do sistema carcerário são essencialmente voltados para homens. A necessidade de criar mecanismos específicos para mulheres só foi proposta no final da década de 80 mas, na maioria dos casos, redundou em tabelas muito semelhantes, com ligeira concentração sobre categorias vocacionais e educacionais. Um exemplo típico é o “*Female Initial Security Classification Guideline*”, utilizado no estado de Nova Iorque, muitíssimo semelhante ao “*Initial Security Classification Guideline*”, desenhado para indivíduos do sexo masculino.³⁷³

³⁷⁰ CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 119-121. Ver tabelas nas p. 143 e 147-152.

³⁷¹ Ver tabelas em CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 154-160.

³⁷² No Brasil, a *remição* do artigo 126 da Lei de Execução Penal é o instituto mais próximo aos “*good-time credits*” do direito estadunidense. Sobre condições para receber os “créditos por bom comportamento” em cada estado americano, ver CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p.124-125.

³⁷³ CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 26. Para comparação, as tabelas estão reproduzidas nas p. 239 e 240.

Questões de gênero à parte, para os pesquisadores que consideram a *lógica atuarial* o núcleo estruturante da *gestão eficiente*, o mecanismo mais promissor encontrado até agora foi o “B.A.C.I.S.”, ou “*Behavioral Alert Classification Identification System*”. Definido como uma nova aproximação ao problema, consiste em uma avaliação em 4 (quatro) etapas, todas informadas pelo *cálculo atuarial*. Primeiro, realiza-se um exame admissional (“*intake assessment*”), destinado a separar e isolar os presos notadamente *perigosos*, isto é, os agressivos, com problemas médicos ou mentais, que apresentam propensão à fuga ou demonstrem tendência em atuar como “protetor” de outros presos. Em uma segunda etapa, o indivíduo é encarcerado em um módulo especial, chamado “*Admissions and Orientation Unit*”, durante 72 (setenta e duas horas); o confinamento nessa unidade por 3 (três) dias informa uma análise básica de *risco*, que recolhe dados dos relatórios dos agentes prisionais sobre seu comportamento, análises tipicamente *behavioristas* e avaliação da correspondência entre as aferições pretéritas e o que foi observado no período. É sobre essa análise que se estabelece um *código de classificação* do preso, destinando-o à *segurança máxima*, *média* ou *mínima*. As terceira e quarta etapas são realizadas dentro do estabelecimento para o qual o condenado foi enviado e servem para definir as especificidades de sua supervisão, bem como sua localização no mapa institucional. De acordo com dados oficiais, consta que depois de ser posto em prática em 1987 na prisão feminina do condado de Santa Clara, Califórnia, o “B.A.C.I.S.” liberou inúmeras vagas em celas de *segurança máxima*, reclassificando cerca de 20% (vinte por cento) das mulheres para um grau de *risco* inferior.³⁷⁴ “*Cases*” de sucesso à parte, a imprecisão dos instrumentos utilizados para *classificação* dos presos sempre esteve em questão. Um trabalho conduzido na Califórnia ainda na década de 70 mostrava que o uso de estatísticas para definição do nível de custódia mais “adequado” para cada preso provava-se correto com o passar do tempo em apenas 26% (vinte e seis por cento) dos casos, somente 1 (um) ponto percentual a mais do que a disposição aleatória dos apenados, com chance de acerto de 25% (vinte e cinco por cento).

³⁷⁴ Resumo da pesquisa disponível em <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=122732>

Em resposta, o Departamento Correcional do estado testou novos *prognósticos de risco* voltados à execução da pena, informando substancial melhora no grau de acerto – mas sem revelar dados.³⁷⁵

Com o tempo, o desejo de garantir a ordem e as possibilidades *tecnológicas* para fins de *classificação* e disposição dos corpos condenados confluíam com a nova orientação político-criminal em favor da plena *neutralização* dos *criminosos*, resultando em uma combinação explosiva. Diante de tal poder organizacional e em nome da “*pax paenitentiariae*”, os direitos fundamentais dos presos passaram a ser, oficialmente, a última preocupação da *racionalidade técnica*. A tentação totalitária se tornou permanente, como bem ilustra o desejo de certas autoridades americanas em manter os reclusos continuamente sedados, diminuindo com isso o *risco* de conflitos internos. Proposta que, publicamente ventilada, só não foi levada adiante porque certamente enfrentaria contestação judicial, a respeito da qual se lamentavam os idealizadores da proposta: seria, afinal, uma medida extremamente *eficiente* para garantir a disciplina interna.³⁷⁶ Nos Estados Unidos o problema consegue ter uma dimensão ainda maior, tendo em vista a ampla e histórica permissividade que existe no campo da Execução Penal e que remonta à época em que os presos eram formalmente reconhecidos como *escravos do Estado*. Embora a Suprema Corte tenha parcialmente mitigado a política de “*hands-off*” no início da década de 60, o controle jurisdicional do que acontece dentro das prisões é excepcional,

³⁷⁵ Ao menos no início da década de 80, conforme CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p.112-113.

³⁷⁶ Crítica em CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 103.

o que autoriza os especialistas – entre *gestores* e *atuários* – automatizar a condenação sem a incômoda interferência do Judiciário.³⁷⁷

Não há dúvida, contudo, de que o uso de *instrumentos atuariais* na Execução Penal está devidamente sedimentada no sistema de justiça criminal estadunidense e não há o menor sinal de recuo nesse sentido nos próximos anos. Antes, e na verdade, o que se percebe é a extensão do uso de *prognósticos de risco* para o período pós-encarceramento, prolongando os efeitos da *neutralização* para aqueles que já cumpriram sua pena.

Um fenômeno que afeta, mais do que qualquer outra *classe perigosa*, a dos *delinquentes sexuais*, como se vê a seguir.

2.4.2. Presas fáceis: vigilância e incapacitação dos predadores

No estudo da *Política Criminal Atuarial*, o movimento contemporâneo que privilegia o *cálculo atuarial* na tentativa de prevenção dos crimes sexuais merece um tópico próprio. Afinal, a *incapacitação seletiva* dos acusados ou condenados por condutas contra o exercício da liberdade sexual alheia – genericamente referidos como *delinquentes sexuais* (“*sex offenders*”) – é um dos mais expressivos campos de aplicação da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal, especialmente no que se refere à tentativa de *neutralização* daqueles

³⁷⁷ De fato, durante muito tempo os Estados Unidos adotaram a versão mais simples da política de “*hands-off*”, que afastava os juízes da Execução Penal, deixando os presos à mercê dos técnicos e burocratas responsáveis por sua custódia. Historicamente, identifica-se a origem dessa doutrina que transforma as instituições penais em *zonas livres do Direito* no caso “*Ruffin v. Commonwealth*” (62 Va. 790), famoso pela afirmação – depois sintetizada – de que os presos são *escravos do Estado*. Julgado em novembro de 1871 pela Suprema Corte da Virgínia, “*Ruffin*” pacificou o tema durante os próximos setenta anos, sob dois argumentos; primeiro, que a Execução Penal era problema do Executivo, de modo que o Judiciário deveria se abster de intervir em questões carcerárias em respeito ao princípio de separação de poderes; segundo, que juízes não eram especialistas no tema de técnicas disciplinares utilizadas no interior do sistema prisional, e portanto nada ou pouco tinham a dizer sobre sua correção. O panorama só começa a mudar em 1941 com o julgamento de “*Ex parte Hull*” (312 U.S. 546; ações “*Ex parte*” autorizam decisão judicial “*inaudita altera parte*” porque alegam violações às 5ª e 14ª Emendas da Constituição Americana, normalmente por *Habeas Corpus*) no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos proibiu que fosse negado o acesso de preso à jurisdição federal. O fim da doutrina de “*hands-off*” é marcado pelo julgamento do caso “*Cooper v. Pate*” (378 U.S. 546), de 1964, no qual a Suprema Corte decidiu que presos também estão amparados pelas garantias constitucionais, podendo requerer seus direitos judicialmente como qualquer outro cidadão. De qualquer forma, ainda prevalece a ideia de que a Execução Penal é campo próprio do Executivo, sendo a interferência do Judiciário excepcional. CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 127-134.

que vitimizam crianças e adolescentes, reunidos sob a alcunha de *pedófilos* (“*child molesters*”).³⁷⁸

A verdade é que em torno dos suspeitos ou condenados por crimes dessa natureza construiu-se uma rede prevencionista sem equivalente no mundo ocidental, o que permitiu a Loïc WACQUANT defini-los como *presas fáceis* do sistema de justiça criminal estadunidense.³⁷⁹ Certamente, o momento mais visível dessa nova onda de perseguição da *sexualidade desviante* nos Estados Unidos é o registro nacional compulsório de todos aqueles que foram processados ou condenados por crimes sexuais em uma lista pública e oficial, sendo possível identificar em tempo real quem são e onde estão os *delinquentes sexuais* após uma breve e irrestrita consulta.³⁸⁰

A obrigatoriedade deste cadastro foi definida pela primeira vez no estado de Nova Jérsei, como resultado da aprovação da *lei de Megan*.³⁸¹ Em vigor desde 31 de outubro de 1994, a lei instituiu a obrigatoriedade do registro de condenados

³⁷⁸ Personificação da histeria coletiva na repressão aos crimes sexuais, os principais elementos para identificação de *pedófilos* foram sintetizados por estudos do início do século XXI. São eles: (a) histórico de comportamento violento, (b) experiência de violência na infância, (c) uso de substâncias químicas, (d) diagnóstico de *doença mental* ou *distúrbio de personalidade*, (e) incapacidade de completar programas voltados para reinserção social, (f) ser jovem, (g) pobre e (h) desempregado. No caso de agressores no âmbito das relações domésticas (“*batterers*”), a esses fatores deveriam ser agregados outros 4 (quatro): (i) ter deixado relacionamento abusivo anterior, (j) filhos de outro relacionamento, (k) prática de perseguição de alguém (“*stalking*”) e (l) acesso a armas de fogo. Dados em SHERIDAN, Daniel J. *et al.* **Prediction of Interpersonal Violence**, p. 1-18.

³⁷⁹ A definição de WACQUANT contrasta radicalmente com a denominação normalmente utilizada para se referir aos *criminosos perigosos* entre os defensores da política de *incapacitação seletiva*, já referidos como *alvos esquivos* do sistema de justiça criminal. “*The elusive target of justice*” é, aliás, o subtítulo do livro de MOORE, Mark H.; ESTRICH, Susan R.; MCGILLIS, Daniel e SPELMAN, William. **Dangerous Offenders**.

³⁸⁰ Exceto por um prévio e insignificante termo de compromisso – aceito ao apertar um botão virtual – de que as informações não serão utilizadas para fins de extorsão, além de outras proibições formais. Vale notar que a obrigação de registro de condenados por crimes sexuais data do final da década de 40, mas antes da década de 90 a proibição de consulta pública a essa informação ainda permitia a possibilidade de reconstrução da própria vida em sociedade sob o amparo do anonimato, como explica WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 356-360.

³⁸¹ A “*Megan’s Law*” é assim chamada em referência a Megan Kanka, menina que foi estuprada e morta na cidade local de Hamilton Township por Jesse Timmendequas, que já havia sido condenado por duas vezes por crimes sexuais e morava em frente à sua casa sem que qualquer pessoa de vizinhança soubesse de seus antecedentes. Tendo confessado o crime e sido condenado à morte, Jesse teve sua pena comutada para prisão perpétua sem direito a “*parole*” após a extinção da pena capital em Nova Jérsei, em 2007. Vide http://articles.cnn.com/2007-12-17/politics/death.penalty_1_death-penalty-killer-escapes-death-capital-punishment?_s=PM:POLITICS. A “*lei de Megan*” tornou-se vigente aproximadamente três meses após o fato, conforme síntese do caso em <http://www.nytimes.com/2009/03/15/nyregion/new-jersey/15colnj.html?scp=1&sq=Jesse+Timmendequas&st=nyt>

por crimes sexuais na polícia local,³⁸² depois encarregada de *classificá-los* entre as faixas de *risco alto*, *moderado* ou *baixo*, a partir de um *instrumento atuarial*. Pela lei, o rol de *delinquentes sexuais* deve estar disponível para consulta *online*, permitindo que qualquer cidadão tenha acesso aos dados pessoais (nome, altura, peso, tatuagens e sinais particulares etc.), registro de antecedentes, fotografias e endereço dos cadastrados, de modo que todos os cidadãos podem saber se no seu bairro ou rua domicíliam pessoas com passagem pelo sistema de justiça criminal em função de qualquer crime de natureza sexual. Nos termos da lei, a consulta é voluntária, mas no caso de indivíduos considerados de *alto risco* a notificação dos futuros vizinhos sobre a iminência de sua saída do sistema prisional é compulsória. Funcionários de creches, escolas, acampamentos de verão e outras instituições que trabalham com menores também devem ser avisados da potencial presença de pessoas que oferecem *risco moderado* e, por último, as vítimas e os agentes do sistema de justiça criminal local precisam ser previamente notificados sobre o fim da custódia de todos os registrados, independentemente da faixa de *risco* na qual foram *classificados*.

O sucesso popular da medida fez com que pouco tempo depois vários estados já contassem com suas próprias versões da lei, normalmente aprovadas em um clima passional e diferentes apenas em relação a pequenas variações em relação aos critérios para registro, *classificação de risco* e hipóteses notificação compulsória.³⁸³ O pior, contudo, estava por vir.

Em agosto do mesmo ano de 1994 a *lei de Megan* foi citada para justificar uma emenda na *lei Wetterling* (“*Wetterling Act*”), que tornou obrigatório o registro de pessoas condenadas por crimes sexuais em todos os 50 (cinquenta) estados da federação norte-americana. O dispositivo também obriga a atualização periódica do endereço dos condenados que estão em liberdade pelo prazo mínimo de 10 (dez) anos, exceto para os casos mais graves, considerados *predadores sexuais violentos* (“*Sexually Violent Predators*”), frequentemente referidos pela

³⁸² Os crimes incluídos na *Lei de Megan* não se referem apenas àqueles semelhantes ao *estupro* e *estupro de vulnerável* (art. 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro), mas diversas outras hipóteses, como a prática de conduta que possa denegrir a *moral sexual* de uma criança e até mesmo o sequestro e cárcere privado, desde que não praticado pelos pais.

³⁸³ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 356-357.

sigla “SVP” e que devem manter o registro por toda a vida. Para garantir sua rápida e ampla implementação, a lei federal previa uma diminuição em 10% (dez por cento) no repasse de verbas federais para segurança pública para os estados que não cumprissem estas determinações até 1999.³⁸⁴

Consequentemente, e apesar de mantidas as variações regionais,³⁸⁵ hoje todos os estados americanos contam com pelo menos um *site* oficial destinado à identificação de indivíduos com antecedentes pela prática de crimes sexuais. A busca pode ser feita por dados individuais (nome, patronímico, características

³⁸⁴ A “*Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act*” já previa diversas alterações na legislação criminal, em âmbito federal. Resumo oficial de suas determinações disponível em <https://www.ncjrs.gov/txtfiles/billfs.txt>. Além dessas também se inclui sob o nome genérico de “*lei de Megan*” a “*Pam Lyncher Sexual Offender Tracking and Identification Act*”, lei feita após a agressão sexual no estado de Houston contra a corretora de imóveis Pam Lyncher, e que definiu o controle do banco de dados pelo “*FBI*”, como explica GATES, Ernest P. *et al. Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia*, p. 11.

³⁸⁵ Alguns estados apenas mantêm o registro de crimes para consulta pública, de forma “passiva”. Outros tomam providências para avisar os futuros vizinhos dos antecedentes criminais do novo membro da comunidade. Em alguns casos, como na Louisiana, é o próprio condenado que deve avisar, pessoalmente, aqueles que estão em volta, antes de poder retornar à vida “livre”. Há também variações no que se refere à duração dos dados do *delinquente sexual* no banco de dados oficial, como explica WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*, p. 364-367.

físicas etc.) ou conforme o endereço de quem pesquisa.³⁸⁶ Todos preveem a possibilidade de notificação oficial às autoridades de algum ato suspeito do

³⁸⁶ O endereço eletrônico para pesquisa do paradeiro de *predadores sexuais* em todos os estados americanos (e, em alguns casos, também de indivíduos condenados por outros crimes e considerados de “alto risco”) segue abaixo:

EUA: <http://www.nsopw.gov>
Alabama: <http://dps.alabama.gov/Community/wfSexOffenderSearch.aspx#1>
Alaska: <http://www.dps.state.ak.us/sorweb/Search.aspx>
Arizona: <http://az.gov/app/sows/home.xhtml>
Arkansas: <http://www.acic.org/offender-search/index.php>
Califórnia: <http://meganslaw.ca.gov/search.asp>
Carolina do Norte: <http://sexoffender.ncdoj.gov/search.aspx>
Carolina do Sul: http://www.communitynotification.com/cap_main.php?office=54575
Colorado: <http://sor.state.co.us/index.cfm?SOR=offender.list>
Connecticut: <http://www.ct.gov/dps/site/default.asp>
Dakota do Norte: <http://www.sexoffender.nd.gov/>
Dakota do Sul: <http://sor.sd.gov/>
Delaware: <http://desexoffender.dsp.delaware.gov/SexOffenderPublic/>
Flórida: <http://offender.fdle.state.fl.us/offender/Search.jsp>
Geórgia: <http://www.forsythsheriff.org/sexoffender/index.php>
Hawaii: <http://sexoffenders.ehawaii.gov/sexoffender/search.html>
Idaho: http://www.isp.idaho.gov/sor_id/search.html
Illinois: <http://www.isp.state.il.us/sor/sor.cfm>
Indiana: <http://www.icrimewatch.net/indiana.php>
Iowa: <http://www.iowasexoffender.com/search>
Kansas: http://www.accesskansas.org/kbi/offender_registry/
Kentucky: <http://kspsor.state.ky.us/>
Louisiana: <http://www.lsp.org/socpr/default.html>
Maine: <http://sor.informe.org/sor/>
Maryland: <http://www.dpscs.state.md.us/sorSearch/>
Massachusetts: <http://www.mass.gov/eopss/agencies/sorb/>
Michigan: http://www.michigan.gov/msp/0,1607,7-123-1589_1878_24961---,00.html
Minnesota: <http://www.doc.state.mn.us/level3/search.asp>
Mississippi: <http://state.sor.dps.ms.gov/>
Missouri: <http://www.mshp.dps.mo.gov/CJ38/searchRegistry.jsp>
Montana: <http://doj.mt.gov/svor/>
Nebraska: <http://www.nsp.state.ne.us/sor/find.cfm>
Nevada: <http://www.nvsexoffenders.gov/Search.aspx>
Nova Hampshire: <http://www4.egov.nh.gov/nsor/search.aspx>
Nova Iorque: http://www.criminaljustice.state.ny.us/SomsSUBDirectory/search_index.jsp
Nova Jérsei: http://www.njsp.org/info/reg_sexoffend.html
Novo México: <http://www.nmsexoffender.dps.state.nm.us/>
Ohio: <http://icrimewatch.net/index.php?AgencyID=55149>
Oklahoma: http://docapp8.doc.state.ok.us/servlet/page?_pageid=190&_dad=portal30&_schema=PORTAL30
Oregon: <http://sexoffenders.oregon.gov/>
Pensilvânia: <http://www.pameganslaw.state.pa.us/>
Rhode Island: <http://www.paroleboard.ri.gov/sexoffender/agree.php>
Tennessee: http://www.tbi.state.tn.us/sex_offender_reg/sex_offender_reg.shtml
Texas: https://records.txdps.state.tx.us/DPS_WEB/SorNew/Index.aspx
Utah: <http://corrections.utah.gov/services/sonar.html>
Vermont: <http://dps.vermont.gov/>
Virgínia Ocidental: <https://apps.wv.gov/StatePolice/SexOffender/Forms/>
Virgínia: <http://sex-offender.vsp.virginia.gov/sor/>
Washington DC: <http://sexoffender.dc.gov/>
Washington: <http://ml.waspc.org/>
Wisconsin: <http://offender.doc.state.wi.us/public/>

registrado. Além dos *sites* mantidos pelo poder público, endereços eletrônicos privados também oferecem o serviço de consulta à sinalética daqueles com antecedentes por crimes sexuais, inclusive nas reservas indígenas e territórios norte-americanos (ex. Porto Rico, Guam etc.).³⁸⁷ Estratégias mais amplas de divulgação – como a montagem de *stands* em feiras estaduais e grandes eventos que ensinam os visitantes a usar o sistema – promovem a expansão da disponibilidade de acesso e, junto com a infâmia dos condenados, a paranoia coletiva.³⁸⁸ Alguns *sites* permitem até mesmo mandar mensagens instantâneas (SMS) ao celular do ex-condenado, alertando-o para que evite determinados lugares ou pessoas, sob pena de imediata comunicação à polícia. Uma estratégia, sem dúvida, constrangedora, mas infinitamente mais sutil e frequentemente preterida diante da possibilidade real de humilhação e perseguição pública desses indivíduos por amedrontados ou sadísticos vizinhos, incapazes de tolerar a ameaça do inimigo que, após alguns *clicks*, descobriram morar ao lado.

A violenta repressão detonada pela raiva popular promovida pela banalização do acesso aos dados dos ex-condenados geralmente obriga-os a escolher uma entre três amargas opções: (a) envolver-se em novos conflitos de natureza sexual para atender à inevitabilidade da expectativa de comportamento antissocial – no sentido de uma “*self-fulfilling prophecy*”³⁸⁹ –, (b) viver na ilegalidade para não ser reconhecido e escapar da execração pública – fenômeno que ficou conhecido como “*Megan’s flight*” – ou (c) suicidar-se, diante da

Wyoming: <http://wysors.dci.wyo.gov/sor/>

³⁸⁷ Consulta de todos os criminosos registrados disponível em <http://www.sexoffender.com/state.html> ou <http://www.criminalcheck.com/>

³⁸⁸ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 359-364.

³⁸⁹ A expressão “*self-fulfilling prophecy*” ou “*profecia auto-realizável*” descreve o processo pelo qual um evento se concretiza em função das expectativas sociais subjacentes, que o antecipam como certo. Assim, um falso prognóstico acaba por se converter em realidade, dada a dialética entre as expectativas de comportamento e o comportamento real consciente dessas expectativas, como ilustra um exemplo: a desconfiança de pessoas relacionadas a um casal recém-constituído de que ele chegará rápido ao divórcio pode fazer com que de fato esse casamento termine cedo, sem que existam causas internas para a ruptura. Em criminologia, é comum a expectativa de que o *reincidente* volte a praticar um crime, o que se mostra na resistência dos demais em oferecer emprego ao condenado após sua soltura. Sem oportunidades e socialmente reconhecido como criminoso potencial, não raro a opção pela prática de novo crime aparece como estratégia de constituição de um papel social pelo indivíduo. Definição ortodoxa do termo e sua importância para análise sociológica em MERTON, Robert King. **Social Theory and Social Structure**, p. 477-481.

impossibilidade de vida em sociedade.³⁹⁰ Como se vê, em oposição a seus objetivos declarados, a prática decorrente da medida de controle social pode muito bem favorecer a *reincidência*, pois apenas a última opção não redundaria em novo encarceramento; última opção, aliás, que melhor realiza a vontade final de *neutralização* reitoria da política pública de registro compulsório.

O medo desencadeado por esse prevencionismo total é tanto que algumas comunidades se reuniram para *reduzir o risco a zero* mediante criação legal de *zonas livres de criminosos sexuais* (“*sex offenders free zones*”), nas quais é proibido o trânsito de indivíduos registrados, sendo estas áreas normalmente definidas em torno de locais onde há grande circulação de crianças (ex. escolas e parques), embora possam se estender por todo um bairro.³⁹¹ Há notícia, inclusive, da construção de condomínios privados nos quais *delinquentes sexuais* não podem morar ou ingressar, independentemente do *risco* de *reincidência* prognosticado. A proibição é utilizada como propaganda e quem quiser residir ou entrar no local – menores, inclusive – precisa passar por um rigoroso exame de vida pregressa. A preocupação, segundo os idealizadores de tais projetos, não é apenas com a segurança, mas inclui questões de ordem econômica, tendo em vista a substancial diminuição no valor dos imóveis nas proximidades da residência de alguém que tem antecedentes por crimes sexuais. Não por outro motivo, antes de comprar um imóvel é altamente recomendável pesquisar se não há um *delinquente sexual* que more ou possa vir a morar por perto.³⁹² Boa parte dos estados já conta com legislação sobre essa nova política de urbanismo.³⁹³

Mas o uso de *instrumentos atuariais* no âmbito dos crimes sexuais não se esgota na *classificação* dos condenados para fins de informação ao público e prolongamento do controle social pós-encarceramento. De fato, aplicam-se

³⁹⁰ Estudos já teriam comprovado que, na melhor das hipóteses, o registro compulsório não teria efeito sobre a *reincidência*, embora antecipe a prática de novo atentado contra a dignidade sexual alheia em 3 (três) anos. Sobre o tema vide WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 373-385.

³⁹¹ Notícias em <http://www.greenbaypressgazette.com/article/99999999/GPG0101/707110676/Hobart-ordinance-creates-sex-offender-free-zones>, <http://www.nbcbayarea.com/news/local/Keeping-the-State-Fair-Sex-Offender-Free-98434739.html> ou <http://www.eagletribune.com/local/x1876440669/Sex-offenders-family-opposes-law-on-predator-free-zones>.

³⁹² Notícia em <http://www.kcbd.com/Global/story.asp?S=3439608>

³⁹³ Resumo das leis estaduais que restringem o direito de moradia de condenados por crimes sexuais nos Estados Unidos em <http://www.cga.ct.gov/2007/rpt/2007-R-0380.htm>

também ferramentas de *cálculo atuarial* no processo de aplicação e execução da pena, para garantir que “*sex offenders*” recebam penas mais longas e rigorosas, dando-lhes menos chance de benefícios e aumentando o tempo de *incapacitação*.

Para tanto, a dosimetria da pena para crimes sexuais deixou de ter qualquer vínculo com o fim de retribuição equivalente e passou a ser definida pela *lógica atuarial*, uma iniciativa que remonta a setembro de 1994, quando George ALLAN chegou ao poder no estado da Virgínia defendendo uma plataforma de governo embasada no movimento político-reacionário de *Lei e Ordem*. Conforme aquilo que havia prometido durante a campanha, o novo governador não só aboliu por completo o sistema de “*parole*” como ampliou a duração das penas para crimes violentos, especialmente os de natureza sexual. Todavia, para garantir que as enormes penas cominadas fossem aplicadas pelos juízes e que haveria espaço suficiente para receber um número de presos exponencialmente maior, foi necessário, por um lado, reduzir a discricionariedade judicial e, por outro, dispor de vagas suficientes nas penitenciárias sem onerar o orçamento estadual. Para atender ao primeiro propósito foi fundada em conjunto com o Poder Legislativo local a “*Virginia Criminal Sentencing Commission*”, liderada pelo juiz Ernest P. GATES. A missão desta Comissão era determinar parâmetros objetivos (“*guidelines*”) para as decisões definitivas em processos penais, “facilitando” a fundamentação de sentenças para os magistrados – isto é, decidindo por eles quem deveria receber mais ou menos pena, de acordo com critérios pré-definidos. Para atender à segunda premissa – e tendo em vista a auto-proibição de investir na construção de novos presídios – o estado da Virgínia utilizou o recém desenvolvido mecanismo atuarial chamado “*Risk Assessment Instrument*” para encontrar entre os presos aqueles com perfil de *baixo risco* e, depois de *identificá-los*, submetê-los a medidas alternativas e não prisionais de controle social; liberavam-se, assim, novas vagas para criminosos de *alto risco* e *perigosos* ainda por serem presos. A estratégia foi implementada em 1997 e já no primeiro ano alcançou o objetivo inicial de selecionar e excluir do cárcere 25% (vinte e cinco por cento)

dos condenados por crimes não violentos, sendo por isso considerada um grande sucesso.³⁹⁴

A partir dessa experiência, em 1999 a legislatura pediu à mesma Comissão que desenvolvesse um *instrumento atuarial* de avaliação do *risco* com o fim específico de evitar a *reincidência* entre *delinquentes sexuais*. Em consequência, sobre 20 (vinte) estudos feitos entre 1985 e 1999 e dados estatísticos de 579 (quinhentos e setenta e nove) indivíduos condenados por crimes sexuais, chegaram-se aos 8 (oito) principais *fatores de risco* associados à *reincidência*, sintetizados no “*Virginia’s Sex Offender Risk Assessment*”. O sistema tornou-se operacional em julho de 2001, prognosticando o *risco* de *predadores sexuais* conforme (a) idade, (b) nível de instrução, (c) emprego, (d) grau de relacionamento ou parentesco com a vítima, (e) histórico por delito praticado mediante violência, com (ou tentativa de) penetração genital, (f) lugar do crime, (g) antecedentes criminais, (h) experiência prisional e (i) tratamento terapêutico do condenado.³⁹⁵ Para variar, apesar do nome pomposo, o “*Virginia’s Sex Offender Risk Assessment*” nada mais é do que um formulário preenchido por um assessor do juiz que designa uma determinada quantidade de pontos para cada resposta. O resultado pode variar entre 0 (zero) e 65 (sessenta e cinco) pontos, considerando-se *reincidência certa* tudo aquilo que exceda 44 (quarenta e quatro) pontos. Em todo caso, os parâmetros estão definidos de tal modo que qualquer pontuação acima de 28 (vinte e oito) – onde se inicia a faixa de *alto risco* – não só recomenda o aumento da pena cominada de 50% a 300% (cinquenta a trezentos por cento), como determina o início da execução em regime fechado.³⁹⁶ Embora inicialmente relutantes – tendo em vista a enorme ingerência sobre a

³⁹⁴ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 10.

³⁹⁵ Embora o relatório tenha sido apresentado em janeiro de 2001. De acordo com cada critério, foram encontrados os seguintes *fatores de risco*: (a) idade inferior a 35 (trinta e cinco) anos, (b) escolaridade inferior à “nona série” (equivalente ao primeiro ano do segundo grau), (c) desemprego ou emprego informal, (d) se a vítima for menor de 10 (dez) anos, ser padrasto ou madrasta ou, se maior, não conhecê-la, (e) histórico de crime sexual caracterizado por penetração e praticado mediante violência (“*aggravated sexual battery*”), (f) prática do fato na própria residência ou em outro lugar que não a casa da vítima, (g) ter antecedentes criminais por crimes sexuais ou praticados contra a pessoa, (h) ter sido preso provisório ou em função de execução penal e (i) submetido a tratamento terapêutico para distúrbio mental ou dependência de substâncias químicas. Vide GATES, Ernest P. *et al.* **Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia**, p. 8-9.

³⁹⁶ GATES, Ernest P. *et al.* **Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia**, p. 10.

atividade jurisdicional que a adoção do sistema implicava – as Cortes de Justiça estaduais progressivamente aderiram às recomendações do “*Virginia’s Sex Offender Risk Assessment*”. Como resultado, ainda em 2004, cerca de 20% (vinte por cento) dos condenados por estupro tiveram suas penas aumentadas pelos juízes simplesmente porque o resultado de suas somatórias na tabela foi superior a 28 (vinte e oito) pontos.³⁹⁷

Parece impossível, *a priori*, mas mesmo a certeza de permanente vigilância pós-encarceramento e o enorme aumento do tempo prisão contra *predadores sexuais* implementados pela *lógica atuarial* não foram suficientes para aplacar as pretensões punitivas da esquerda e direita política dos Estados Unidos. A última fronteira, neste sentido, foi superar a limitação no exercício da *prevenção especial negativa* da pena imposta pelos princípios da *culpabilidade* e da *proporcionalidade*, elaborando-se uma estratégia de extensão da *incapacitação seletiva* dos *delinquentes sexuais* que fosse completamente livre das amarras normativas do Direito Penal. Inicialmente, isso não parecia representar uma grande novidade: desde a década de 70 já existia nos Estados Unidos a possibilidade de *confinamento civil* (“*civil commitment*”) dos *delinquentes sexuais*, uma forma preventiva de detenção que substituíra a pena e era cumprida em clínicas psiquiátricas; a diferença é que, ao contrário da *medida de segurança* no sistema *dualista alternativo*,³⁹⁸ o *confinamento* também atingia aqueles considerados *imputáveis* após *diagnóstico clínico*: nos termos das “*Sexual Psychopath Acts*”, sua execução requeria apenas a afirmação de *perigosidade* individual.³⁹⁹ Mesmo assim, é importante ressaltar que a medida

³⁹⁷ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 11-12.

³⁹⁸ Atualmente em vigência no Brasil, é uma variação do *sistema vicariante*, estabelece a *regra* de avaliação da *culpabilidade* em sujeitos capazes que praticaram um tipo de injusto e a *exceção* do exame clínico da *perigosidade* para os *inimputáveis*, que se por um lado pode isentar de pena por outro pode submetê-los a *medidas de segurança* de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cuja execução não tem, em tese, natureza punitiva, como demonstra o texto legal nos artigos. 26 e 96 a 97 do Código Penal.

³⁹⁹ À semelhança do que acontecia nos Estados Unidos, até 1984 o Código Penal brasileiro trabalhou com o *sistema do duplo binário*, autorizando a execução de *medidas de segurança* contra indivíduos fora dos casos de *inimputabilidade* e independentemente de pena privativa de liberdade aplicada, bastando que fossem considerados *perigosos* conforme critérios legais de duvidosa idoneidade científica, e presumindo-se tal condição no caso de *reincidência* em crime doloso. Vide, neste sentido, os artigos 76 a 82 da Parte Geral do Código Penal brasileiro após a reforma de 1977 e antes da reforma de 1984.

mantinha como pressuposto de legitimidade sua suposta finalidade terapêutica. Antes do início da década de 80, o *confinamento civil* de *delinquentes sexuais* foi contestado em diversas ações judiciais, que faziam questão de enfatizar a violação da ética médica inerente à proposta – obrigando-se profissionais da saúde a tratar pacientes que não precisavam de tratamento. Após sucessivas derrotas, a aplicação da medida se tornou incomum.⁴⁰⁰

Todavia, volta com força de seu ostracismo no início da década de 90, período no qual a finalidade terapêutica não tinha mais a menor importância graças à emergência da *incapacitação seletiva*, que desobrigava a vontade de simples *neutralização* dos *perigosos* de se refugiar na retórica do *tratamento*. Em outras palavras, a alegada violação à ética médica deixava de ser um problema porque não havia mais qualquer ética implícita em sua execução. O *confinamento*, então, se tornou uma medida aplicada não *no lugar*, mas *após* o cumprimento da sentença condenatória, prorrogando indefinidamente a duração da reclusão, sem qualquer compromisso com o ser humano: mesmo depois de cumprir todo o tempo previsto na decisão judicial, o condenado por crime sexual não era simplesmente solto, mas submetido a novo exame, realizado por *prognósticos de risco* específicos; constatada sua *perigosidade*, transferia-se o *delinquente sexual* da prisão para o manicômio, onde permaneceria – princípios e

⁴⁰⁰ Em declínio desde o final da década de 70, foi formalmente enterrada em 18 de maio de 1992, pela decisão de “*Foucha v. Louisiana*” (504 U.S. 71). Mais em SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Política Criminal y Persona**, p. 95-97.

regras jurídicas à parte – à disposição dos especialistas, por tempo indeterminado.⁴⁰¹

As leis que incluíram esse confinamento *extra, não-penal nem terapêutico* como alternativa encarceradora foram denominadas “*Sexually Violent Predators Act*” ou “*SVPA*”. O primeiro estado a promulgar uma “*SVPA*” foi Washington, em 1990, mas é do Kansas a legislação mais conhecida e draconiana (“*Kansas Sexually Violent Predators Act*”). Evidentemente, manter pessoas *imputáveis* encarceradas contra sua vontade além do limite de sua *culpabilidade* era uma flagrante violação de direitos fundamentais. Por isso, outras várias ações judiciais foram impetradas com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade destas leis, argumentando que elas não só mascaravam uma consequência penal sem respeito aos mais elementares princípios de proteção individual, como ao produzir indevido prolongamento dos efeitos da condenação anulavam qualquer possibilidade de recuperação, sobretudo em uma área onde o tratamento parecia

⁴⁰¹ Talvez o mais assustador tenha sido a – felizmente, infrutífera – tentativa de abolição das penas e substituição por estas medidas de contenção para todas as hipóteses de criminalização. Certamente, uma das saídas mais espúrias propostas pela frente utilitarista era propor a adoção destas medidas para vencer o embaraço da inconstitucionalidade, alegando estar agora “fora do sistema jurídico”. Entre seus representantes está Ernest van den HAAG, que propôs simplesmente superar as limitações jurídico-penais decorrentes dos princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático mediante paradoxal criação legal de um espaço “livre do Direito” após a afirmação do juízo de censura penal: a medida de *confinamento pós-punição* (“*Post-punishment confinement*”) que sugeria seria destinado exclusivamente aos sujeitos com *perfil perigoso* e realizado em instituições apropriadas, sem interferência judicial. Desvinculada da *culpabilidade*, o fim desta medida seria a simples *incapacitação* dos *reincidentes* de *alto risco* durante o tempo em que representassem uma ameaça para a sociedade, o que seria definido exclusivamente a partir de *prognóstico atuariais* de critérios objetivos que pudessem ser avaliados com o menor contato possível com o condenado. Não haveria, portanto, violação dos princípios que proíbem o excesso nas penas porque as sanções não teriam a mesma natureza, sendo perfeitamente possível cumular uma pena criminal determinada com uma detenção civil (ou administrativa) indeterminada, na medida em que não compartilham do mesmo fundamento (respectivamente, *culpabilidade* e *perigosidade* ou *alto risco*). Se a pena criminal representa, fundamentalmente, a reprovação por conduta passada, os prognósticos de conduta futura não pertencem a esse sistema e, por isso, não deveriam respeitar esses limites. HAAG, Ernest van den. **Punishing Criminals**, p. 210-215. Crítico em relação a esse argumento, SINGER, Richard G. **Legal and Ethical Limits for Prediction**, p. 56.

viável.⁴⁰² Contra estas alegações, desde o início foi invocado o famoso precedente de “*O’Connor v. Donaldson*”, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que, se por um lado era proibido manter em custódia qualquer pessoa sob única alegação de *doença mental* (“*mental illness*”), isso não impediria a mesma ação em caso de indivíduos identificados como *perigosos* para si ou para os demais conforme critérios legais – agora, sinônimo de *atuariais*.⁴⁰³ A porta ficou aberta, portanto, para definições legislativas convenientemente vagas de *perigosidade* aplicáveis a *delinquentes sexuais*, que foram editadas em seguida e silenciaram boa parte do debate. O golpe final veio em 1997 em “*Kansas v. Hendricks*”, caso no qual a Corte julgou ser constitucional o *confinamento* por tempo indeterminado de *delinquentes sexuais imputáveis* com propensão à *reincidência* por conta de *anormalidades mentais* ou *transtornos de personalidade* em clínicas psiquiátricas, mesmo após o cumprimento da sentença condenatória e independentemente de terem ou não recebido tratamento médico durante a execução da pena em penitenciária.⁴⁰⁴ Era só o que faltava para assegurar o grande modelo *panóptico* de controle social dos

⁴⁰² A defesa em favor da manutenção dos programas terapêuticos para *criminosos de baixo risco e delinquentes sexuais* está sintetizada em WORRAL, John L. **Crime Control in America**, p. 234-243. No mesmo sentido, segundo WACQUANT – citando dados da “*Clínica de Desordens Sexuais*” da Universidade John Hopkins – o tratamento adequado para pessoas com *parafilia* (ou distúrbios do desejo) pode reduzir em 90% (noventa por cento) a possibilidade de *reincidência*. Expectativa que, por certo, não tem como se materializar na medida em que se cortam os gastos com terapia para *delinquentes sexuais*. Vide WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 386-388. Evidentemente, os trabalhos que endossam o uso de prognósticos de risco para *incapacitação* dos *delinquentes sexuais* normalmente destituem a validade dos estudos que indicam a real possibilidade de recuperação pelo tratamento. Embora não se negue de maneira absoluta a iniciativa terapêutica, ela é normalmente definida como muito onerosa e incerta, tal como se vê no célebre relatório que precedeu o “*Virginia’s Sex Offender Risk Assessment*”. Vide GATES, Ernest P. *et al.* **Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia**, p. 22-28.

⁴⁰³ (422 U.S. 563). O precedente é de 1975 e trata do seguinte: Kenneth Donaldson foi diagnosticado, a pedido de seu pai, com esquizofrenia e por isso mantido em cárcere privado para tratamento durante 15 (quinze) anos em um Hospital da Flórida. Donaldson processou o superintendente do hospital J. B. O’Connor e foi posto em liberdade, além de receber indenização por danos morais e materiais. Caso completo em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=422&invol=563>

⁴⁰⁴ Foi o que aconteceu com Leroy Hendricks, peticionante no caso. Vide HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 14-15. A natureza “*civil*” da custódia forçada em hospitais após o cumprimento da pena foi o argumento utilizado pelos Ministros da Suprema Corte para superar a evidente violação da *cláusula de duplo risco de condenação* (“*double jeopardy clause*”) da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que proíbe que alguém seja processado – ou punido – pelo mesmo crime mais de uma vez. Ver RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**, p. 134. Texto da decisão em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/346/case.html>

delinquentes sexuais: prolongar a reclusão de *imputáveis* condenados por crimes sexuais além daquilo previsto a título de *retribuição* em sentença condenatória.⁴⁰⁵

Com o endosso do mais importante Tribunal do país, os estados que ainda não haviam adotado iniciativas semelhantes tomaram coragem para fazê-lo rapidamente, promulgando leis que expandiam os efeitos da condenação de forma absolutamente contrária às mínimas garantias do Direito, Processo e Execução Penal no Estado Democrático de Direito.⁴⁰⁶ Também por conta da liberação jurisdicional, o governo federal teve autonomia praticamente irrestrita para se dedicar à missão de operacionalizar a *gestão diferencial* dos *predadores sexuais*. Criou, para isso, o “*Center for Sex Offender Management*” ou “*CSOM*”, com o objetivo de ajudar estados e condados a melhorar seus índices oficiais na *neutralização* dos *predadores sexuais violentos*. Nada mais natural do que conferir a missão de identificá-los aos *prognósticos de risco*.⁴⁰⁷

Foi assim que, em abril de 2003 – antes mesmo de o “*Virginia’s Sex Offender Risk Assessment*” entrar em vigor – o “*Virginia’s Sexually Violent Predators Act*” determinou que o Departamento Penitenciário do estado analisasse todos os *predadores sexuais violentos* prestes a serem soltos por um *instrumento atuarial* denominado “*Rapid Risk Assessment for Sex Offense Recidivism*”, um dos primeiros mecanismos para *prognóstico do risco* de *delinquentes sexuais* propostos pelo pesquisador canadense Karl HANSON, hoje mundialmente reconhecido como um dos grandes especialistas na área. O “*RRSOR*”, como é mais conhecido,⁴⁰⁸ está entre os mais simples modelos disponíveis para *prognóstico de risco* de *reincidência* em crimes sexuais e

⁴⁰⁵ Outra síntese de todo esse processo de estigmatização e perseguição implacável dos condenados por crimes sexuais nos Estados Unidos em SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Política Criminal y Persona**, p. 95-102.

⁴⁰⁶ Crítica em WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 392-394.

⁴⁰⁷ O “*CSOM*” oferece toda a informação necessária para que as autoridades locais possam instrumentalizar seus programas de cadastro e vigilância. Detalhes em <http://www.csom.org/>. Há uma importante parceria entre o “*CSOM*” e o “*RAINN*”, anagrama para as iniciais de “*Rede Nacional para Estupro, Abuso e Incesto*” em inglês. Neste caso, a instituição é não-governamental e depende da ajuda de voluntários e celebridades para arrecadar fundos e, entre outras atividades, manter vários dados sobre violência sexual, apresentados didaticamente em <http://www.rainn.org/>. Especialmente interessante é o campo *reduzindo riscos* (“*reducing risks*”), com conselhos para evitar violência de natureza sexual.

⁴⁰⁸ Sigla que remete à palavra “*Eraser*” (“apagador”), para conotar o significado de eliminar definitivamente a reincidência de crimes sexuais.

verifica apenas 4 (quatro) *fatores*: (a) antecedentes por crimes sexuais, (b) idade inferior a 25 (vinte e cinco) anos e (c) vítima (c.1) fora do círculo familiar ou (c.2) do sexo masculino.⁴⁰⁹ A pontuação pode variar de 0 (zero) a 6 (seis) pontos, hipótese em que a *reincidência* é considerada *certa*. Entre 0 (zero) e 5 (cinco), contudo, projetava-se o *risco* de nova prisão (“*re-arrest*”) por crime sexual para os próximos 5 (cinco) e 10 (dez) anos, sendo nesta escala a menor probabilidade – 0 (zero) pontos, em 5 (cinco) anos – de 4,4% (quatro vírgula quatro por cento) e a maior – 5 (cinco) pontos, em 10 (dez) anos – de 73,1% (setenta e três vírgula um por cento).⁴¹⁰ À época do “*Virginia’s Sexually Violent Predators Act*”, contudo, se o resultado do teste fosse superior a 4 (quatro) pontos, o condenado seria submetido a um novo e mais direcionado exame que finalmente decidiria se, após o fim da execução da pena, ele seria libertado, submetido a acompanhamento médico ambulatorial ou internado compulsoriamente em hospital psiquiátrico a título de *confinamento civil*.⁴¹¹ Desde então, em média cerca de 7% (sete por cento) dos *delinquentes sexuais* são anualmente redirecionados da prisão a centros de reabilitação específicos, independentemente da *culpabilidade* antes constatada em sentença criminal e determinante da dosimetria da pena executada.⁴¹²

Posteriormente, para futura avaliação da necessidade de continuidade ou interrupção no tratamento dos *confinados*, Karl HANSON apresentou o “*Sex Offender Need Assessment Rating*” ou “*SONAR*”, um *instrumento atuarial* cuja principal característica é a dinamicidade, ou seja, a capacidade de verificar a eventual mudança no padrão de *risco* dos condenados por crimes sexuais.

⁴⁰⁹ O critério para escolher estes 4 (quatro) fatores foi a frequência com que apareciam em estudos sobre reincidência em crimes sexuais (acima de 10%) e a quantidade de casos analisados. Em relação a existência de antecedentes por crimes sexuais, se estes não existissem marcavam-se 0 (zero) pontos; uma condenação ou uma ou duas acusações recebiam 1 (um) ponto; duas ou três condenações ou de três a cinco acusações, 2 (dois) pontos; por fim, quatro ou mais condenações ou seis ou mais acusações por crimes sexuais recebiam 3 (três) pontos. Todos os demais critérios recebiam no máximo 1 (um) ponto, desde que o agente fosse menor de 25 (vinte e cinco) anos, tivesse atingido vítima com a qual não tinha parentesco e do sexo masculino, como explica o próprio HANSON, Karl. **The Development of a Brief Actuarial Risk Scale for Sexual Offense Recidivism**, p.1-19. Ver tabelas 1 e 4 nas p. 5 e 14.

⁴¹⁰ Tabela do “RRSOR” disponível no relatório de GATES, Ernest P. *et al.* **Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia**, p. 30.

⁴¹¹ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 14 e 84.

⁴¹² GREER, Hal; BROWN, Justin; BITZ, Jamie e McMAHON, Joe. **Review of the Civil Commitment of Sexually Violent Predators**, p. ii.

Desenvolvido em parceria com Andrew HARRIS, o “SONAR” privilegia *fatores de risco* que podem ser transformados com o tempo, diferenciando-os em duas espécies; os fatores *estáveis* podem persistir durante meses ou anos, como relacionamentos e *transtornos de personalidade*; já os *agudos* podem variar em questão de dias ou mesmo minutos, como por exemplo, os efeitos de intoxicação química. O sistema – cuja aptidão para prognosticar a *reincidência* é definida como *moderada* por seus elaboradores – avalia então 5 (cinco) fatores *estáveis* e 4 (quatro) *agudos*, tendo aqueles por referência os últimos 12 (doze) meses de vida do sujeito analisado, e estes o último mês ou exame de *risco* realizado. Os fatores *estáveis* são: (a) dificuldades de vida sexual íntima, (b) influência social, (c) atitudes individuais, (d) autocontrole sexual e (e) autocontrole em geral.⁴¹³ Os

⁴¹³ A pontuação é distribuída como se explica a seguir. Em relação (a) *dificuldades na vida sexual íntima*, recebem 0 (zero) pontos aqueles condenados que estão em um relacionamento que inclui vida sexual ativa e sem maiores problemas; 1 (um) ponto se tiver problemas – o que inclui a distância ou ausência constante da companheira – e 2 (dois) pontos se não estiver em um relacionamento. A (b) *influência social* é medida em duas etapas; primeiro, é preciso saber quantas pessoas fazem parte da vida cotidiana do *delinquente sexual* e que não são pagas para estar com ele; em seguida, valorizando-se a influência de cada uma delas como *positiva* (“+1”), *negativa* (“-1”) ou *neutra* (“0”); se a quantidade de pessoas com influência positiva, descontada da quantidade de influências negativas resultar em duas ou mais pessoas com influência positiva, ele recebe 0 (zero) pontos; se houver apenas uma influência positiva ou se a operação der 0 (zero), atribui-se 1 (um) ponto; mas se der resultado negativo – isto é, quando a quantidade de influências negativas for superior às positivas – atribui-se 2 (dois) pontos nesse campo. Em relação às (c) *atitudes individuais*, o sujeito recebe 0 (zero) pontos para cada resposta *não*, 1 (um) para “talvez ou hesitação” e 2 (dois) para cada *sim* que apresentar após ouvir uma série de afirmações, dependendo de a imputação ser por violência contra mulheres ou crianças. Primeiro, para os acusados ou condenados de estupro as assertivas são: (i) “algumas mulheres secretamente gostariam de ser estupradas”; (ii) “quando mulheres andam por aí vestindo saias curtas ou roupas justas elas estão procurando problema”; (iii) “muitas vezes quando uma mulher diz ‘não’ ela está só se fazendo de difícil e na verdade quer dizer ‘sim’”; (iv) “mulheres frequentemente estão se insinuando para você” e (v) “algumas vítimas mereciam mesmo ser estupradas”. Segundo, em relação ao abuso infantil, as frases são: (i) “algumas crianças são maduras suficientes para desfrutar de sexo com adultos”; (ii) “algumas crianças gostam de provocá-lo sexualmente”; (iii) “uma criança que não oferece resistência a carícias íntimas realmente se sente confortável ao ser tocada” e (iv) “algumas crianças estão tão dispostas a ter uma relação sexual que é difícil resisti-las”. A pontuação ao final do interrogatório determina o resultado do teste neste campo. No caso do *estupro*, responder negativamente a todas as respostas significa 0 (zero) na tabela; entre 1 (um) e 4 (quatro) pontos é marcado 1 (um) ponto no “SONAR”; 5 (cinco) pontos ou mais (por exemplo, duas respostas *sim* e um *talvez*) representa o escore máximo de 2 (dois) pontos. Em relação aos casos de *pedofilia* ou afins, entre 1 (um) e 3 (três) pontos, atribui-se 1 (um) ponto no geral e 4 (quatro) pontos ou mais representam 2 (dois) pontos na tabela. No que se refere ao quarto critério, (d) *auto-controle sexual*, nos mesmos moldes do quesito anterior, suas respostas são primeiro pontuadas com 0 (zero), 1 (um) ou 2 (dois) pontos conforme a resposta for *não*, “talvez ou hesitação” ou *sim* a uma série de afirmações, divididas em dois blocos. O primeiro é relativo à percepção do que é seu *direito sexual*, composto das seguintes frases: (i) “todos tem direito de ter relações sexuais”, (ii) “homens precisam de mais sexo do que mulheres”, (iii) “você tem mais desejo sexual que a maioria das pessoas”, (iv) “depois de ficar excitado sexualmente é impossível parar”. Aqui, pontuação acima de 3 (três) pontos significa 2 (dois) pontos na tabela; entre 1 (um) e 3 (três), 1 (um) ponto final; 0 (zero), como sempre, é igual a 0 (zero). A segunda bateria de afirmações é relativa a *preocupações sexuais*, e o sujeito deve responder se tem se envolvido em algum dos seguintes fatos: (i) “consumo de pornografia”, (ii) “frequência em casas

4 (quatro) fatores *agudos* são (f) dependência química, (g) depressão, (h) raiva/hostilidade e (i) criação de oportunidades de acesso à vítima.⁴¹⁴ O resultado final da conjugação das duas espécies de fatores varia em 5 (cinco) diferentes prognósticos de *risco de reincidência*: *baixo* (“-4” a 3), *baixo-moderado* (4 e 5), *moderado* (6 e 7), *moderado-alto* (8 e 9) e *alto* (10 a 14). O “SONAR”, contudo, não teve a mesma aderência que seu predecessor e raramente chegou a ser utilizado no sistema penal norte-americano.⁴¹⁵

Seja como for, depois de quase 3 (três) anos utilizando o “RRSOR” e tendo constatado falhas no modelo,⁴¹⁶ a Virgínia decidiu mudar o instrumento de aferição do *risco* utilizado para decidir quem deveria enfrentar o *confinamento civil* entre seus *delinquentes sexuais*, e para este fim estavam disponíveis no mercado outros sistemas, como o “Minnesota Sex Offender Screening Tool - Revised” (“MnSOST-R”) e o “Sexual Violence Risk-20” (“SVR-20”). O primeiro

de prostituição ou ‘strip-tease’”, (iii) “envolvimento em conversações com conotação erótica”, (iv) “masturbação excessiva”, (v) “fantasias ou taras incomuns”, (vi) “preocupação com crimes sexuais” e (vii) “preocupação com prostitutas”. Entre 1 (um) e 4 (quatro) pontos na série de perguntas, o sujeito recebe 1 (um) ponto na tabela; com mais de 5 (cinco) pontos, recebe 2 (dois) pontos ao final. Neste campo, portanto, o sujeito só recebe 0 (zero) pontos se responder *não* a todas as 11 (onze) perguntas. Por fim, o último critério entre os fatores *estáveis* é (e) o *auto-controle em geral*, que segue o mesmo caminho dos critérios anteriores, e tem por objeto saber se o *delinquente sexual* tem: (i) “se envolvido em situações que conhece ser de risco”, (ii) “mantido segredos”, (iii) “deixado de investir em tratamento”, (iv) “tentado ‘enganar o sistema’ (de vigilância)” ou (v) “‘ser camarada’ do examinador”, (vi) “rompido as regras de supervisão comunitária”, (vii) “faltado em compromissos sociais além dos próprios da supervisão” e (viii) “se mostrado pouco disposto a fazer sacrifícios para evitar situações de alto risco”. Entre 1 (um) e 7 (sete) pontos, atribui-se 1 (um) ponto na tabela; entre 8 (oito) e 16 (dezesesseis), 2 (dois) pontos. Em suma, o total em relação aos 5 (cinco) fatores *estáticos* pode variar de 0 (zero) a 10 (dez) pontos. Explicação dos critérios em HANSON, Karl e HARRIS, Andrew. **The Sex Offender Need Assessment Rating (SONAR)**, p. 20-22.

⁴¹⁴ Em relação aos fatores *agudos*, era preciso avaliá-los desde o último mês ou avaliação da seguinte forma: +1 (mais um) ponto se melhorou, -1 (menos um) se piorou e 0 (zero) se ficou igual. O primeiro fator avaliado é (f) *dependência química*, em relação a álcool ou drogas, na dimensão de problemas na vida diária ou enfermidades. O segundo é (g) *depressão*, identificado por sintomas como desânimo, ansiedade, stress, frustração, solidão e pensamentos suicidas. O terceiro é (h) *raiva/hostilidade*, caracterizado por “perder a cabeça”, volatilidade emocional, raiva dirigida às mulheres ou tratamento grosseiro de terceiros. O quarto e último é a (i) *criação de oportunidades de acesso à vítima* ou *aliciamento*, verificando-se se buscou acesso a potenciais vítimas e criou oportunidades para reincidir, ou se anda com um veículo ou pratica algum *hobby* que seja especialmente atrativo para seu tipo preferido de vítima, ou mesmo se tem usado muito a internet sem um propósito específico. A pontuação, assim, pode variar de -4 (menos quatro) a +4 (mais quatro) pontos. Vide HANSON, Karl e HARRIS, Andrew. **The Sex Offender Need Assessment Rating (SONAR)**, p. 22-23.

⁴¹⁵ Descrição completa do sistema e as várias ressalvas de seus autores em relação à sua aplicação em HANSON, Karl e HARRIS, Andrew. **The Sex Offender Need Assessment Rating (SONAR)**, p. 1-23.

⁴¹⁶ As principais críticas eram que o “RRSOR” não pontuava de forma suficientemente alta os “estupradores” e *delinquentes sexuais* portadores de “distúrbios mentais”, ao passo em que era negativamente tendencioso contra “pedófilos”, conforme síntese em GATES, Ernest P. *et al.* **Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia**, p. 29.

foi financiado com dinheiro público e desenvolvido para orientar todas as decisões relativas a *delinquentes sexuais* que estavam prestes a cumprir suas penas no estado de Minnesota, para decidir em qual faixa de *risco* ele deveria ser *classificado*. Desde o início, a ideia do governo local foi de elaborar uma ferramenta que pudesse ser utilizada por qualquer burocrata, isto é, não exigisse prévia formação clínica do examinador, bastando-lhe treinamento operacional para pontuar os 16 (dezesesseis) critérios, divididos entre fatores estáticos e dinâmicos e com foco especial nas características da vitimização imputada.⁴¹⁷ O “SVR-20”, por sua vez, foi desenvolvido pela iniciativa privada e não só ajuda a identificar o *risco* de comportamento sexual violento futuro a partir de 20 (vinte) fatores como também a desenvolver planos para administrar esse *risco* mediante iniciativas terapêuticas e/ou reclusão. Indicado para orientar as mais diversas ações na criminalização do *delinquente sexual*, suas variáveis foram selecionadas a partir da revisão da literatura técnica sobre *reincidência* e se concentram em 3 (três) principais categorias relativas ao indivíduo: (a) ajuste psicossocial, (b) antecedentes criminais e (c) planejamento para o futuro. Há, entretanto, poucos dados sobre a confiabilidade de sua capacidade prognóstica, sendo por isso considerado válido tão somente como ferramenta auxiliar na estruturação de *diagnósticos clínicos*. Elaborado por especialistas – Douglas R. BOER, Stephen D. HART, Randall KROPP e Christopher D. WEBSTER – seu preço é alto se comparado com instrumentos semelhantes: o *kit* básico à venda inclui manual de instruções e treinamento, além de 50 (cinquenta) folhas codificadas para

⁴¹⁷ No “*MnSOST-R*” existem 12 (doze) critérios estáticos e 4 (quatro) dinâmicos, com pontuação variável entre “-3” (menos três) e “+4” (mais quatro), de acordo com cada item. Nenhum fator era considerado determinante de maior risco se não satisfeitas três condições cumulativas: (a) corresponder a uma diferença mínima superior a 5% (cinco por cento) entre *reincidentes* e *não-reincidentes*, (b) *significância* em relação ao comportamento criminoso posterior e (c) independência em relação aos demais critérios. Tabela disponível para consulta em GATES, Ernest P. *et al. Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia*, p. 33.

avaliação, que pode ser feita em homens ou mulheres de 18 (dezoito) a 65 (sessenta e cinco) anos e dura, em média, 5 (cinco) minutos.⁴¹⁸

O governo da Virgínia, entretanto, decidiu por aquele que é considerado o mais importante e utilizado *instrumento atuarial* da atualidade para fins de *prognóstico de risco* em crimes sexuais: o “*Static-99*”. Certamente, uma de suas maiores vantagens para chegar a essa posição é o fato de estar disponível gratuitamente na *internet*, em versões em inglês, francês, alemão, sueco, holandês, finlandês e chinês, acompanhado de diversos estudos sobre sua eficácia preventiva.⁴¹⁹ Entre seus idealizadores está, novamente, Karl HANSON, nesta oportunidade junto a uma equipe liderada por Andrew HARRIS.⁴²⁰ Como antecipa seu nome, o “*Static-99*” consiste na avaliação de *fatores estáticos de risco* em 10 (dez) áreas diferentes, sendo todas pontuadas com 0 (zero) ou 1 (um), exceto no campo *antecedentes por crimes sexuais* (“*prior sex offenses*”), que pode receber entre 0 (zero) e 3 (três) pontos. As variáveis são (a) idade, (b) coabitação com parceiro sexual fixo por pelo menos 2 (dois) anos, (c) antecedentes por crimes “indexados” não sexuais, (d) antecedentes por crimes “não indexados” e não sexuais, (e) antecedentes por crimes sexuais, (f) condenações por crimes sexuais sem contato com a vítima, (g) vitimização de terceiros sem parentesco, (h) vitimização de terceiros desconhecidos, (i) alguma vítima do sexo masculino.⁴²¹ A soma dos fatores produz resultado final entre 0 (zero) e 12 (doze), cada qual correspondente a um grau de *risco* individual parecido com o “*SONAR*”: *baixo* (0,1), *baixo-moderado* (2,3), *moderado-alto* (4,5) e *alto* (6 ou mais). Os *perfis de risco* são então traduzidos para uma tabela

⁴¹⁸ Disponível para venda por US\$110,00 (cento e dez dólares) no endereço eletrônico <http://www4.parinc.com/Products/Product.aspx?ProductID=SVR-20>. Trata-se de mais um produto da “PAR”, editora que se dedica exclusivamente a elaborar e vender testes para as mais diversas áreas, como saúde mental, educação e aptidão vocacional, aferindo graus de autismo, depressão, inteligência etc. Os testes são vendidos em formato impresso ou digital, *online* inclusive. Para *prognóstico de risco* de violência, em geral, entre a população mantida em clínicas psiquiátricas, foi lançado a pouco tempo a segunda versão do “*Assessing Risk for Violence*” ou “*HCR-20*”. Mais em <http://www4.parinc.com/>

⁴¹⁹ O endereço eletrônico é <http://www.static99.org>

⁴²⁰ HARRIS, Andrew, PHENIX, Amy, HANSON, R. Karl e THORNTON, David. **Static-99 Coding Rules Revised – 2003**, p. 1-78.

⁴²¹ Tabelas para avaliação e prognóstico de reincidência em termos percentuais em HARRIS, Andrew, PHENIX, Amy, HANSON, R. Karl e THORNTON, David. **Static-99 Coding Rules Revised – 2003**, p. 67-69.

com um escore numérico que prevê a probabilidade de nova condenação por crime de natureza sexual num período de 5 (cinco), 10 (dez) ou 15 (quinze) anos. Como dispensa a necessidade de entrevista e pode ser aplicado a praticamente qualquer pessoa – pois os dados podem ser retirados das fichas dos condenados e não exige mais do que um rápido treinamento – o “*Static-99*” é ferramenta extremamente prática, que conta hoje com uma versão mais recente, embora nem de longe tão popular. Trata-se do “*Static-2002*”, que trabalha com 14 (catorze) critérios, a maioria comum ao “*Static-99*”.⁴²² De qualquer forma, a adoção do “*Static-99*” e a inclusão de 24 (vinte e quatro) novos crimes de natureza sexual compatíveis com a definição de um *predador sexual violento* na legislação local produziu efeitos devastadores. Segundo o relatório oficial de 2011 da Junta legislativa local formada para avaliar a prática do sistema, esta combinação representou um aumento de 450% (quatrocentos e cinquenta por cento) na quantidade de *delinquentes sexuais* elegíveis para o *confinamento civil*, 18% (dezoito por cento) dos quais na quantidade de *incapacitados* por esta mesma rubrica.⁴²³

Apesar do sucesso do “*Static-99*” e demais mecanismos privados, alguns estados simplesmente não abdicam da pretensão de elaborar seus próprios e públicos instrumentos de *classificação* para garantir a *incapacitação* dos *predadores sexuais*, como demonstram dois casos, além dos já referidos, cuja nomenclatura não tem o mesmo compromisso comercial evidente nas siglas dos mecanismos privados. Primeiro, o “*Washington State Sex Offender Risk Level Classification Screening Tool – Revised*”, uma derivação do *instrumento atuarial* utilizado em Minnesota antes do “*MnSOST-R*” e aplicado a condenados para definir a *perigosidade* de *delinquentes sexuais* na iminência de seu retorno à vida desinstitucionalizada. Adotado pelo Departamento Penitenciário que é referência na incorporação da *lógica atuarial* às suas práticas, tem 21 (vinte e um) fatores,

⁴²² Síntese do sistema em GREER, Hal; BROWN, Justin; BITZ, Jamie e McMAHON, Joe. **Review of the Civil Commitment of Sexually Violent Predators**, p. 155.

⁴²³ Em abril de 2011, de acordo com dados oficiais, a Virgínia contava como 207 (duzentos e setenta) “SVP’s” em seu sistema. Ver dados completos em GREER, Hal; BROWN, Justin; BITZ, Jamie e McMAHON, Joe. **Review of the Civil Commitment of Sexually Violent Predators**, p. i-iii.

cuja pontuação pode variar entre 0 (zero) e 8 (oito) pontos.⁴²⁴ A análise é bastante concentrada sobre as circunstâncias e características do crime sexual imputado, como duração e modo de execução da conduta, idade da vítima e natureza do relacionamento com o autor, incluindo também a eventual manifestação de *parafilias* (“voyeurismo”, *masoquismo*, “frotteurismo” etc.) e a quantidade e qualidade dos antecedentes criminais. Dirigido tanto para adolescentes quanto adultos e incluindo uma avaliação do comportamento durante a execução da pena, o mecanismo assimila também variáveis presentes no “Static-99”, referidas em uma tabela final à parte como “*Hanson Quick Risk Assessment*”.⁴²⁵ Segundo, está o “*Colorado Sexually Violent Predator Risk Assessment Screening Instrument*”, construído para identificar os mais *perigosos* entre os *delinquentes sexuais* retidos pelos filtros da criminalização para depois submetê-los a medidas mais rigorosas de custódia e vigilância. Embora no estado do Colorado definir alguém como *predador* continue sendo um ato discricionário dos magistrados, considera-se a ferramenta o parâmetro mais seguro para fundamentação destas decisões. Seu preenchimento é compartilhado, entre agentes penitenciários e membros de uma Comissão específica para crimes sexuais e entre as supostas vantagens deste didático *prognóstico de risco* está a possibilidade de incluir dados não especificados que podem determinar o aumento do *risco*, decorrentes de testes obtidos no polígrafo, declarações da vítima e histórico escolar.⁴²⁶

Atualmente, a oferta de instrumentos para *classificação de risco* entre *delinquentes sexuais* é tamanha que analisá-los todos é impossível. É, também, desnecessário, tendo em vista que as variações entre os critérios tende a ser cada vez menor. Por outro lado, não se pode desconsiderar que o desenvolvimento da aplicação da *lógica atuarial* no campo da *perigosidade* individual em relação aos crimes sexuais não se limitou a *flexibilizar* as regras jurídicas incidentes sobre a

⁴²⁴ Para constatar o orgulho do estado de Washington em aderir à onda *atuarial* basta nada mais do que consultar seu endereço eletrônico oficial, obtendo-se uma breve noção de quanto a prática correcional – seja na custódia direta ou indireta – está vinculada ao uso de *prognósticos de risco*. Mais informações em <http://www.doc.wa.gov/>

⁴²⁵ Tabela em GATES, Ernest P. *et al. Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia*, p. 34-36.

⁴²⁶ Tabela em GATES, Ernest P. *et al. Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia*, p. 37-39.

Execução Penal, repercutindo também na avaliação da *imputabilidade* penal, onde os antes exclusivos *diagnósticos clínicos* perderam espaço para os *prognósticos de risco* no momento de avaliar a existência de *transtornos de personalidade* e *doenças* ou *distúrbios mentais* entre acusados e condenados por atos de violência.

Evidência do privilegiado “*status*” da tendência *gerencialista* na *Política Criminal* contemporânea, este processo de invasão das ciências médicas pela *técnica estatística* é brevemente analisado a seguir.

2.4.3. Risco e imputabilidade: diagnóstico clínico vs. prognóstico atuarial

Como revelam os instrumentos de aferição do *risco individual* recém-mencionados, há no sistema de justiça criminal norte-americano uma nova forma de compreender e lidar com os crimes sexuais, que se afasta cada vez mais da perspectiva do *tratamento* (“modelo médico”) em direção à *incapacitação* (“modelo prevencionista”). Nesse contexto, definir alguém como *delinquente sexual* ainda significa submetê-lo simultaneamente à *terapia* e ao *confinamento*, embora sempre com mais ênfase no segundo aspecto.⁴²⁷

A esta altura, a preferência pela reclusão sobre o cuidado não surpreende. Diante do compromisso estatal com a *incapacitação seletiva* – em sua essência contrária aos esforços para reinserção social – a proposta *terapêutica* logicamente perdeu muito espaço, embora não tenha desaparecido por completo.

Na prática, como consequência da falta de legitimidade da *prevenção especial positiva*, boa parte dos profissionais da saúde que trabalhavam dentro do sistema penitenciário perderam seus empregos, seguido de maciço redirecionamento dos antes considerados *inimputáveis* das clínicas médicas e dos hospitais psiquiátricos para as prisões. O resultado foi, mais uma vez, o agravamento nos problemas humanitários típicos da *superlotação carcerária* acompanhado de um expressivo aumento no orçamento da segurança pública, agora incapaz de dividir com os terapeutas e suas instituições a conta e a

⁴²⁷ SHERIDAN, Daniel J. *et al.* **Prediction of Interpersonal Violence**, p. 1.

responsabilidade pela custódia dos chamados *delinquentes sexuais*. Situação que se tornou ainda pior diante da necessidade de supervisão pós-encarceramento determinada pelas políticas de *custódia contínua*, típicas da *Política Criminal Atuarial*.⁴²⁸

Mas a confusão entre o *clínico* e o *atuarial* não se limitou a redefinir as práticas punitivas, afetando também a *racionalidade científica* que trata do tema. Eis que, em outro fenômeno particularmente interessante, as ciências da subjetividade – sobretudo a psiquiatria – paulatinamente curvam-se à *lógica atuarial* no momento de prognosticar o *risco* objetivo de *reincidência* e, mais importante, a *perigosidade* potencial de um indivíduo rotulado como *criminoso*. Assim, mesmo quando persiste, a administração de terapias psiquiátricas se afasta da orientação dos *diagnósticos clínicos* tradicionais para tomar por critério o grupo probabilístico de pertencimento dos *pacientes*, o que anula a dimensão subjetiva da avaliação e desestrutura, por um lado, as formas de interação social que as técnicas disciplinares pretendiam transformar e regular e, por outro, os sujeitos atingidos por estas técnicas.⁴²⁹

Diz-se que tal fenômeno é particularmente interessante porque, em princípio, os métodos de avaliação são antagônicos, não se confundindo o *diagnóstico clínico* com o *prognóstico atuarial*. Sob este prisma, que hoje estes dois métodos estejam profunda e irremediavelmente imbricados é mais uma evidência a comprovar que o *gerencialismo* instrumentalizado pela *lógica atuarial* é mesmo a tendência predominante da *Política Criminal* contemporânea, afirmando-se como *racionalidade* preferencial e atacando simultaneamente dois bastiões da ciência moderna: Direito e Medicina.

Mas demonstrá-lo demanda, ainda que em síntese, uma explicação adicional, apta a diferenciar os 3 (três) principais e não exclusivos métodos científicos utilizados para definir o *risco* de um comportamento individual futuro, no sentido de maior probabilidade de *reincidência* e principalmente no que se

⁴²⁸ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 386-392.

⁴²⁹ DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 110-111.

refere à antecipação de condutas violentas: o *diagnóstico clínico*, o *prognóstico atuarial* e o *exame anamnésico* (“*anamnestic*”). A começar pelo mais tradicional.

O *diagnóstico clínico*, que tradicionalmente decide a *imputabilidade* penal – ou capacidade de compreender o injusto do fato ou de agir conforme essa compreensão⁴³⁰ – diante de possível *doença* ou *deficiência mental* do autor ou partícipe de fato punível aparece como resultado de uma avaliação especializada sobre sintomas, que autorizam ou não sua classificação no marco conceitual de uma *psicopatologia* previamente descrita, associada a um padrão comportamental específico e, em regra, a uma terapia.⁴³¹

O *prognóstico atuarial*, por sua vez, fundamenta-se na vinculação de um sujeito a um grupo de *risco* pelas características que compartilham, apostando-se na provável reprodução dos padrões de comportamento dessa coletividade com a qual foi associado em função da regularidade geral do comportamento humano, quantitativamente demonstrada: ao invés de sintomas, os *atuários* procuram fatores salientes que determinam estatisticamente o maior *risco* de ocorrer um fato.

Finalmente, o *exame anamnésico* prediz o *risco* de ações referindo-se exclusivamente à repetição de ações pelo próprio indivíduo em semelhantes cenários no passado, contabilizando-as para projeção em situações futuras, compreendidas como idênticas. Normalmente, o *exame anamnésico* é tomado

⁴³⁰ Uma definição comum na maioria das legislações penais ocidentais, utilizada pelo Código Penal brasileiro em seu artigo 26. Diz-se que o *diagnóstico clínico* de *doença mental* define a imputabilidade porque, apesar da discricionariedade judicial, a falta de autoridade científica para contestar um laudo médico especializado praticamente obriga os Tribunais a ratificarem a opinião clínica, transformando-se os médicos em *juízes paralelos*. Definição e análise em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 286-291.

⁴³¹ Embora o texto siga, deste ponto em diante, explorando um léxico que é próprio da psiquiatria e, eventualmente, da psicanálise, é preciso ter em conta a crítica contundente de Thomas SZASZ, que denuncia a expressão *doença mental* como um grosseiro equívoco conceitual. Remetendo à estrita definição de *doença* como uma “alteração empírica e patológica de células, tecidos ou órgãos”, o autor sustenta que as desordens da pessoa, mente ou do comportamento que se denominam *doenças mentais* não são, propriamente *doenças*. Neste caso, se está utilizando o termo nada mais do que como uma metáfora, que atende à pretensão de controle social de comportamentos desviantes, definidos culturalmente em função da ideologia dominante. Assim, por exemplo, aquilo que é uma doença mental em uma época não o é em outra. A fragilidade do discurso médico no que se refere à pesquisa da subjetividade, como se vê, vem pela superação de certas doenças e criação de novas. Em síntese, *doenças mentais* são funcionais e não estruturais ou orgânicas; são inventadas, não descobertas. Mas e por um lado é interessante notar a proximidade da crítica do autor com o “*labeling approach*”, por outro é preciso destacar que sua perspectiva frequentemente condena mais do que absolve, como se vê em SZASZ, Thomas. **The Myth of Mental Illness**, p. 1-16.

como critério complementar, sendo incorporado tanto pelo *diagnóstico clínico* quanto pelo *prognóstico atuarial*, no qual aparece sob a forma de *antecedentes criminais* – ou *reincidência*, no sentido utilizado pelo texto – quando se trata de afirmar o *risco* de comportamento *criminoso*.⁴³²

Como é fácil perceber, o sucesso de cada método para antever a prática de ações violentas por alguém depende de distintos elementos.

No caso do *diagnóstico clínico*, pressupõe correição na identificação e interpretação de sinais e sintomas e adequada associação a *estados psíquicos patológicos*, cuja definição mais ou menos rigorosa determina a certeza de seus desdobramentos futuros, necessários ou possíveis, em termos de conduta humana; logo, para poder afirmar se uma *doença mental* determinou ou pode determinar uma determinada forma de comportamento agressivo é preciso ter em conta (i) a capacidade técnica e experiência do profissional, (ii) os recursos tecnológicos e (iii) tempo que dispõe para exame e (iv) a quantidade de *doenças* satisfatoriamente descritas pela literatura médica. Para tornar este quadro ainda mais difícil, não raro é imprescindível que (v) o paciente colabore na própria avaliação, pressupondo sua capacidade e interesse em fazê-lo.⁴³³ São quesitos, como se percebe, extremamente delicados e que justificam toda a desconfiança histórica nas ciências que se dedicam à saúde mental para definir a *perigosidade* individual.

Já o sucesso do *prognóstico atuarial* pressupõe, de início, a prévia reunião de informações por meio de uma pesquisa dirigida à obtenção de variáveis relativas ao evento que se pretende antecipar, por sua vez delimitadas em hipotética antecipação: no caso, quais são os *fatores de risco* salientes em pessoas que demonstram comportamento agressivo, pois a *regularidade* é atributo coletivo. Essas variáveis precisam depois ser generalizadas e avaliadas

⁴³² MILLER, Marc. **Legal and Ethical Limits on the use of Predictions of Dangerousness in the Criminal Law**, p. 40.

⁴³³ Aqui é normal falar da necessidade de uma abertura subjetiva (“*self-disclosure*”) do paciente, objeto de *exame* que precisa se submeter sem resistências ao escrutínio do especialista. Este, por sua vez, dispõe de certas técnicas desenvolvidas para o propósito de ganhar a confiança do sujeito investigado e assim facilitar o *diagnóstico*; mas o uso destas técnicas para descobrir tendências criminosas e justificar medidas incapacitantes contra o paciente perverte seu propósito original de ajudá-lo, e obriga o especialista a interpretar o incômodo papel de agente duplo, o que é eticamente contestável. Vide HALLECK, Seymour. **Clinical Applicability for Prediction**, p. 86-87.

de modo absoluto e relativo, isto é, sem e com a interferência das demais.⁴³⁴ O resultado pode então ser disposto em gráficos ou tabelas, que permitem consultar a relação entre um *fator de risco* e o grau de determinação no evento mediante simples cruzamento de vetores, o que pode ser feito manualmente ou operacionalizado por *softwares*, com diferentes graus de sofisticação. A precisão do *prognóstico atuarial* depende, neste sentido, (i) do rigor na definição do evento futuro,⁴³⁵ (ii) da quantidade de dados reunidos, (iii) número, (iv) objetividade e (v) estabilidade dos critérios sob análise, (vi) correção da ponderação matemática e (vii) extensão temporal da projeção.⁴³⁶ O primeiro depende da natureza certa do evento futuro; os seguintes da extensão da pesquisa empírica conduzida; o último da tecnologia dos instrumentos de síntese fatorial à disposição; todos, por fim, subordinados ao cuidado metodológico do pesquisador.⁴³⁷ Não são, sem dúvida, requisitos fáceis de atender, mas certamente muito mais simples do que os exigidos pelo *diagnóstico clínico*: a grande vantagem em favor dos *prognósticos de risco* está no fato de que, ao contrário dos profissionais da saúde, os *atuários* não tem, em princípio, compromisso ético com o *tratamento* do sujeito e, por isso, não precisam explicar a prática de atos violentos. Basta com prevê-los.⁴³⁸

⁴³⁴ A generalização das conclusões depende da quantidade de casos ou pessoas investigadas e a este processo segue a descrição (se os números corresponderem ao total) ou inferência estatística (nos casos de amostragens) dos dados coletados. Sobre a ponderação absoluta ou relativa dos fatores, vale a pena lembrar que este debate está presente desde a origem das primeiras aplicações da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal: o famoso modelo “*Prognasio*” de BURGESS conflitava com as tabelas do casal GLUECK exatamente porque o primeiro método utilizava variáveis de peso fixo – isto é, tomadas de forma absoluta em relação ao evento – ao passo que o segundo calculava a relevância de cada fator após ponderação intrassistêmica de seu peso – ou seja, avaliava cada fator relativamente aos demais.

⁴³⁵ A imprecisão na definição do evento ou *status* que se quer prognosticar resulta em *conceitos frouxos* (“*loose concepts*”), que produzem mais situações limítrofes do que diferenciações, redundando em *margens de erro* estatisticamente inaceitáveis, conforme CONRAD, John P. **The Future of Prediction**, p. 27-28.

⁴³⁶ O tempo de projeção pode determinar tanto um maior índice de acerto quanto de erro do prognóstico: há uma diferença enorme entre prever o que acontecerá daqui a cinco horas, dias, anos e séculos. Além disso, atendendo à premissa do paradigma científico positivista, privilegia-se a coleta de dados objetivos – por exemplo, idade, sexo, antecedentes, renda mensal etc. – para evitar ou diminuir a contaminação – imponderável – da subjetividade, a fim de alcançar o ideal de neutralidade da pesquisa.

⁴³⁷ Parece importante destacar, com referência à explicação acima, que os modelos atuariais são um aprimoramento da análise estatística. A diferença é que para esta é possível calcular a probabilidade de um evento conforme a presença de determinadas variáveis, todavia, limitando-se sua validade ao interior de cada grupo analisado. A vantagem da *lógica atuarial* está precisamente no fato de que é capaz de conjugar diferentes grupos de variáveis dentro de uma mesma fórmula, produzindo estimativas muito mais rápidas e apuradas.

⁴³⁸ SHERIDAN, Daniel J. *et al.* **Prediction of Interpersonal Violence**, p. 1-2.

Por fim, no que se refere ao *exame anamnésico*, a certeza de comportamento agressivo no futuro depende de apenas um elemento, a saber, a quantidade de casos semelhantes registrados pelo mesmo indivíduo. Isso significa, naquilo que aqui interessa, que quanto mais atos de violência alguém tenha praticado no passado, tanto maior a probabilidade de que venha a repetir ações dessa natureza – e maior o *risco* de que ele seja *incorrigível*. Comparado aos demais, na medida em que depende apenas de quantidade, trata-se de um método extremamente confiável, cuja capacidade estimativa é diretamente proporcional ao número de repetições. Exatamente por isso, o uso do *cálculo anamnésico* para prever a prática de crimes – sobretudo de natureza sexual e violenta – é absolutamente inviável para fins de instrumentalização da justiça criminal, dada a pouca frequência dessas ações, mesmo nos casos mais graves de determinação comportamental.⁴³⁹ Trata-se de um ponto fundamental para toda

⁴³⁹ É possível demonstrá-lo a partir de um exemplo retirado do mundo dos esportes. O *risco* de um determinado jogador profissional de basquete acertar um lance livre pode ser definido com precisão de, digamos, 83% (oitenta e três por cento), o que é estimado em base a centenas de arremessos por temporada. Já o *risco* de que um jogador de futebol em particular marque o gol na cobrança de pênalti não pode ser definido com o mesmo rigor, porque raramente ele vai cobrar mais do que algumas dezenas de penalidades em toda sua carreira, aumentando-se substancialmente a *margem de erro* – e tanto quanto menos tempo estiver jogando. Isso sem falar em todos os demais elementos circunstanciais que afetam a correção de uma ação, inevitáveis por mais que se treine e absolutamente imponderáveis (a pressão da torcida, uma noite mal dormida etc.). Fica evidente, assim, a temeridade de prever a prática de um crime violento por alguém a partir de seu histórico de criminalização, que nem de longe compartilha de uma base de dados igualmente confiável e ampla como a disponível na estatística esportiva. Afinal, mesmo que todas as ações típicas praticadas por um sujeito fossem registradas e por mais extensa que fosse sua lista de antecedentes, raramente se contaria com mais do que um punhado de casos, tornando infatível um prognóstico *anamnésico* confiável. Seria como tentar prever se uma pessoa, já casada duas vezes, irá casar novamente; um absurdo. Apenas para comparar, percebe-se que as previsões atuariais conseguem lidar com essa falta de dados porque suprem suas lacunas acerca do comportamento individual mediante aumento da base de dados, recorrendo às estatísticas gerais de grupos com atributos semelhantes ao sujeito em relação ao qual se quer prognosticar o comportamento. Voltando ao exemplo do *risco* de acertar o lance livre ou o pênalti, o *prognóstico atuarial* permite definir as chances de cesta e gol de um jogador sobre a média dos demais jogadores – aí sim utilizando uma quantidade de dados infinitamente maior, relativo a milhares ou centenas de milhares de pênaltis e arremessos – com precisão muito similar à *anamnese*. No âmbito desta lógica, a precisão depende de dois fatores: o número de casos (se a estatística se refere à cidade, ao estado, região, país etc.) e a semelhança entre o indivíduo e o grupo com o qual é comparado (profissionais, que jogam na mesma posição, de igual peso, altura, religião, estado civil, nível de instrução, classe social etc.). Mesmo assim, o resultado ainda será uma estimativa menos confiável do que a embasada na mesma quantidade de casos por *anamnese*, porque qualitativamente deficiente, referindo-se a dados que não são do próprio sujeito, mas de pessoas com as quais ele é associado. No caso da prática de crimes a comparação entre as características de indivíduo definidos como de *alto risco* a segurança do *prognóstico atuarial* é infinitamente mais problemática; os *processos de criminalização* não seguem as mesmas regras em todo o mundo e a prática de crimes violentos sempre é estatisticamente pequena. De toda sorte, fica claro porque a combinação dos métodos parece ser inevitável, reparando-se deficiências mútuas de análise. Vide STEADMAN, Henry J. **How well can we predict violence for adults?**, p.7-8.

análise futura que precisa ser lembrado: a *reincidência*, descoberta por *anamnese*, não é apta a prognosticar a própria *reincidência*. Não é por acaso, sua contribuição, se existe, só pode ser subsidiária na tentativa de antecipar um comportamento futuro, complementando o *diagnóstico clínico* ou – mais frequentemente – o *prognóstico atuarial*.

Esclarecidas as diferenças e dificuldades próprias de cada método, agora fica fácil perceber porque propostas de conciliação dos 2 (dois) modelos – *clínico* e *atuarial*, sempre que possível, complementados pelo *anamnésico* – foram sugeridas desde cedo no propósito de identificar com precisão os *delinquentes sexuais violentos* e *perigosos*. Afinal, nenhum deles é absolutamente confiável e há os que defendem cada qual com o mesmo empenho, sem que um consenso seja possível.⁴⁴⁰

Entre as primeiras iniciativas nesse sentido destaca-se o trabalho pioneiro de Paul E. MEEHL, que já em 1954 defendia a combinação das duas técnicas – *clínica* e *atuarial* –, embora enfatizasse que, isoladamente, a previsão mecânica do *prognóstico atuarial* alcançava resultados iguais ou melhores que os *diagnósticos clínicos* “puros” feitos por especialistas.⁴⁴¹ Tais conclusões, acompanhadas de estudos posteriores, promoveram uma crescente desconfiança nos *diagnósticos clínicos* de *perigosidade* individual, delineando um processo visível desde o início da década de 60.⁴⁴² Respalado por essas e outras pesquisas, o uso de instrumentos de aferição do *risco* individual na definição da *imputabilidade* começou pela formatação de tabelas que produziam relatórios auxiliares, com o objetivo de aumentar a certeza de médicos e psicólogos sobre o prognóstico de comportamento futuro em termos de *risco* objetivo de *reincidência* em crimes de natureza sexual e/ou *violentos*.

Entretanto, com o fluir do tempo, a certeza, precisão e facilidade na administração dos *prognósticos de risco* acabou por se revelar excessivamente

⁴⁴⁰ CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 205-206.

⁴⁴¹ Apesar de não ter repercutido de forma estrondosa à época de seu lançamento, o trabalho de MEEHL foi redescoberto e amplamente divulgado a partir da década de noventa, promovendo várias pesquisas que, no geral, confirmaram suas conclusões originais. Vide MEEHL, Paul E. **Clinical versus Statistical Prediction**, p. 1-112.

⁴⁴² Como explica GOTTFREDSON, Don M. **Diagnosis, Classification, and Prediction in the Criminal-Justice System**, p. 204.

tentadora, convertendo-se em critério decisivo e suplantando o papel da análise científica tradicional: a busca por *fatores de risco* passou a ser tão ou mais importante quanto a descoberta de *sintomas*. Sob a influência do amplo movimento de descrédito na capacidade real de avaliação das ciências da subjetividade, não foram poucos os criminólogos que postularam a pura e simples rejeição dos *diagnósticos clínicos*, especialmente por considerar que a informação de base estatística era mais imparcial e confiável do que a opinião de médicos, psicólogos e psicanalistas.⁴⁴³

O sociólogo Henry STEADMAN exemplifica bem esta linha de pensamento em estudos realizados no final da década de 60 e início da de 70, os quais demonstraram que em média dois terços das previsões de comportamento violento futuro feitas por psiquiatras não se confirmavam. Outra revisão da literatura especializada revelou que, no melhor cenário, tais previsões erravam na metade dos casos.⁴⁴⁴ Já as estimativas dos *atuários* em relação aos mesmos pacientes alcançaram resultados muito melhores: entre 78 (setenta e oito) casos analisados, o *prognóstico atuarial* superou o *diagnóstico clínico* em 76 (setenta e seis). Entretanto, e mesmo em relação aos grupos de *alto risco*, os índices de acerto estavam muito aquém do que se esperaria para justificar uma medida legal de intervenção: a certeza sobre a violação futura dos termos do “*parole*” chegava, no máximo, a 71% (setenta e um por cento), ao passo em que a média dos casos de violação sem controle – isto é, quando os condenados recebiam o benefício sem passar por avaliação de *risco* – era de 68% (sessenta e oito por cento).⁴⁴⁵

Surpreendentemente, este movimento em favor da adoção preferencial ou exclusiva de *instrumentos atuariais* no momento de definição da *perigosidade* individual que se acentua na década de 80 contou com a participação de

⁴⁴³ É o caso de GREENWOOD, Peter W. **Selective Incapacitation**, p. 48. Também aqui se percebe um motivo para a perda de prestígio do *diagnóstico clínico* sobre os *prognósticos atuariais*. O simplismo ao lidar com a questão criminal – próprio da redução da complexidade da Política Criminal pela *lógica atuarial* – se traduz na rejeição aos diagnósticos elaborados que sugerem intervenções oficiais personalizadas, exigindo-se conclusões simples e grosseiras que permitam penas e tratamentos genéricos. Em outras palavras, as determinações estruturais condicionavam a complexidade dos diagnósticos.

⁴⁴⁴ STEADMAN, Henry J. **How well can we predict violence for adults?**, p. 9-10.

⁴⁴⁵ STEADMAN, Henry J. **How well can we predict violence for adults?**, p. 10-11.

terapeutas críticos da própria atividade. Seymour HALLECK,⁴⁴⁶ por exemplo, sustentou que o *diagnóstico clínico* era incapaz de contribuir significativamente para o prognóstico de ações violentas futuras, argumentando que a pergunta “*é perigoso esse indivíduo?*” não pode ser formulada ou respondida por um médico, psicólogo ou psicanalista sem a corrupção de sua ética profissional.⁴⁴⁷ Mais enfático, Thomas SZAZS denuncia todo o envolvimento da medicina no sistema de justiça criminal como antiético, ainda mais quando se ocupa em definir a *imputabilidade* ou autorizar a *incapacitação civil*.⁴⁴⁸ Um problema que, como visto, não alcançava os *atuários* – embora certamente tivesse que ser levado em conta por aqueles que utilizavam as ferramentas por eles desenvolvidas.

O fato é que as vantagens do *prognóstico atuarial* foram amplamente divulgadas no meio acadêmico, embora desde cedo alguns poucos especialistas denunciassessem que as pesquisas que respaldavam a crítica aos *diagnósticos clínicos* eram portadoras de graves falhas metodológicas – quando não fraudavam os dados – provavelmente para facilitar o elogio da emergente *técnica estatística*.⁴⁴⁹ Entre elas a pesquisa de Jerome G. MILLER indicou que a falta de estrutura nas unidades públicas para tratamento de distúrbios mentais determinava *diagnósticos* equivocados em até 75% (setenta e cinco por cento) dos casos, ou seja, a impossibilidade de tratamento adequado influenciava decisivamente na opinião dos especialistas e, em regra, no sentido de justificar a internação no lugar de um tratamento alternativo e personalizado para pessoas

⁴⁴⁶ O Dr. HALLECK foi um dos responsáveis por avaliar a sanidade mental de Timothy McVeigh, ex-soldado americano responsável pelo atentado em Oklahoma de 19 de abril de 1995, tido como o maior ato terrorista praticado dentro dos Estados Unidos antes de 11 de setembro de 2001. Considerado imputável, McVeigh foi condenado à pena capital e executado em junho de 2001.

⁴⁴⁷ HALLECK, Seymour. **Clinical Applicability for Prediction**, p. 83.

⁴⁴⁸ Afinal, um dos pilares éticos da medicina é a possibilidade de o paciente escolher se quer ou não ser submetido ao tratamento recomendado. Mas isto não acontece com aqueles que são considerados *perigosos* pelo sistema de justiça criminal a partir dos *diagnósticos clínicos*. Logo, hospitais que impedem o “paciente” de sair não são hospitais, porque o conceito de terapia é incompatível com constrangimento. Neste caso, o hospital é na verdade uma prisão, da mesma forma que sexo e trabalho obtidos mediante constrangimento físico são na verdade estupro e escravidão, respectivamente. SZAZS, Thomas. **The Myth of Mental Illness**, p. 250-261.

⁴⁴⁹ Desconsideravam, por exemplo, que o frequente comportamento violento de pessoas diagnosticadas com doença mental no interior de unidades de tratamento raramente era registrado por quem as custodiava. Uma das razões da falta de registro seria o fato de que essas pessoas reagiam com violência à agressividade dos pacientes e não tinham interesse em ter suas condutas investigadas, conforme HALLECK, Seymour. **Clinical Applicability for Prediction**, p. 85.

com graves distúrbios comportamentais. Em contrapartida, os pareceres médicos elaborados para pacientes capazes de arcar com clínicas privadas eram muito mais precisos e menos severos, de modo que a internação constituía a exceção e não a regra, mesmo no caso de prática de ações violentas. Em suma, eram as opções em termos de cumprimento de pena e medidas de segurança que determinavam os *diagnósticos*, não o contrário.⁴⁵⁰

De qualquer forma, a verdade é que em pouco tempo os *diagnósticos clínicos* “puros” – ou seja, feitos sem o auxílio de *instrumentos atuariais* – saíram completamente de cena. No final da década de 80, quase todos os estados americanos já incluíam na legislação a obrigatoriedade de utilizar mecanismos baseados na *estatística* no momento de decidir judicialmente sobre a *imputabilidade*, com ou sem o suporte de uma opinião clínica, sinalizando o triunfo do pragmatismo objetivista até no momento de definir a potencial capacidade de compreensão do injusto penal.⁴⁵¹

Para atender a essa demanda pública por padronização e operacionalizar os *prognósticos de risco* no sistema de justiça criminal diversos testes foram elaborados, o que garantiu o prestígio e o lucro de instituições privadas que se voltaram para o desenvolvimento destes exames. Identificar objetivamente *inimputáveis* ou pessoas com propensão à prática de crimes violentos e/ou sexuais entre os indivíduos selecionados pelo sistema de justiça criminal se tornou uma obsessão americana, que encontrou sua vanguarda em centros de pesquisa no Canadá.

Foi lá que surgiu uma das primeiras e até hoje mais importantes ferramentas a colaborar na descoberta de sujeitos *violentos*, o “*Psychopathy Checklist-Revised*” ou “*PCL-R*”. Desenvolvido pelo professor canadense Robert D. HARE – e por isso também conhecido como “*Hare PCL-R*” – o instrumento

⁴⁵⁰ A arbitrária dicotomia entre *perigoso* e *não-perigoso* aparece, nessas hipóteses, como efeito – e não causa – da teoria da *incapacitação seletiva*. Vide MILLER, Jerome G. **Diversión From Prosecution**, p. 93-98.

⁴⁵¹ Normalmente, a legislação sobre comportamentos é mais importante do que a classificação de doenças, o que é uma forma de burocratizar a subjetividade, amarrando-a às definições legais. Antes o indivíduo tinha uma *doença mental*; depois, uma *desordem de personalidade* categorizada; agora, tem um *perfil de risco* definido por *instrumentos atuariais*. A fragilidade deste discurso é patente, como não se cansa de denunciar SZASZ, Thomas. **The Myth of Mental Illness**, p. 148-161.

aproveita a estrutura do já mencionado “*LSI-R*” e foi desenvolvido para agilizar e suprir a falta de certeza dos exames criminológicos na identificação de *doenças e distúrbios mentais* entre os criminalizados.⁴⁵² Em sua segunda edição desde 2003 e sobre dados de 10.896 (dez mil oitocentos e noventa e seis pacientes), o “*PCL-R*” é considerado por seus promotores como sem precedentes ou paralelo no que se refere à habilidade de antecipar episódios de *agressividade*.⁴⁵³ Desenhado para encontrar *psicopatias* sob a nomenclatura própria de “*DSPD*” ou “*Dangerous and Severe Personality Disorder*”,⁴⁵⁴ o “*PCL-R*” é apresentado na forma de um Manual dirigido a psicólogos que contém um teste composto de várias perguntas, divididas em 20 (vinte) categorias que, por sua vez, devem ser pontuadas objetivamente com 0 (zero), 1 (um) ou 2 (dois) pontos cada uma, conforme dados pessoais e respostas do entrevistado.⁴⁵⁵

As questões tratam essencialmente da *personalidade* do indivíduo e vida social anterior à criminalização, além de perguntas sobre o exercício da

⁴⁵² O Manual tem hoje tradução para o português, além de outras 10 (dez) línguas, e ficou conhecido aqui como “*escala Hare PCL-R*”. Mais no site do próprio Robert HARE, onde se oferecem cursos e esclarecimentos sobre seus testes: <http://www.hare.org/>.

⁴⁵³ Propaganda da ferramenta em <http://downloads.mhs.com/pclr/hare-pcl%E2%80%932nd-ed.pdf>

⁴⁵⁴ Em português, *Severos e Perigosos Transtornos de Personalidade*. A lista de “*DSPD*” é apenas mais uma entre as várias pretensões de catalogar os distúrbios e doenças mentais em seres humanos, na tentativa de definir um vocabulário comum para os diferentes profissionais que são obrigados a lidar com questões de saúde mental (médicos, psicólogos, juristas etc.). Além da “*DSPD*” pode-se citar entre elas o *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, elaborado de forma independente pela Associação de Psiquiatria Americana, mais conhecido sob a sigla “*DSM-IV*”. O critério universal, contudo, é o adotado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que apresenta em sua décima revisão a *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde*, simplesmente *CID-10*. Evidentemente, em cada um destes catálogos patologias semelhantes podem receber nomes distintos, bem como estar relacionadas a outros sintomas e *fatores de risco*. Há enorme controvérsia, contudo, sobre as definições que constam nesses catálogos. Para uma ideia da dimensão do problema, basta lembrar que o *homossexualismo* era listado como distúrbio ou doença pela OMS até 1990, na vigência do *CID-9*. Sobre o tema ver a excelente síntese da história e problemas na definição de *doença mental* de BARTLETT, Annie. **Medical models of mental disorder**, p. 5-20.

⁴⁵⁵ 0 (zero) significa que a categoria não se aplica; 1 (um) que se aplica parcialmente; 2 (dois) que se aplica integralmente. O procedimento não deve ser aplicado formalmente, obtendo-se melhores resultados em uma aproximação informal, que disfarce os propósitos das perguntas, evitando condicionamentos. O período de entrevista é estimado entre 90 (noventa) e 120 (cento e vinte) minutos, complementado por mais 60 (sessenta) minutos para revisão.

sexualidade e natureza dos relacionamentos.⁴⁵⁶ Inicialmente, respostas acima de 30 (trinta) pontos definiam indivíduos de *alto risco* ou, o que é a mesma coisa, portadores de “*DSPD*”; após 2002 a quantidade de pontos necessária diminuiu para 25 (vinte e cinco). De acordo com seus críticos, ao privilegiar fatores objetivos e estáticos o “*PCL-R*” não permite que as intenções declaradas do indivíduo ou seu comportamento no interior do sistema prisional sejam avaliados positivamente, valendo para análise da “vida pregressa” do examinado os mesmos elementos ponderados antes do início do cumprimento da pena e desconsiderando-se, assim, nada menos que a vontade do examinado e o fluxo temporal como fatores modificativos da subjetividade humana.⁴⁵⁷

Mas contra todas as críticas o “*PCL-R*” segue sendo um dos *instrumentos atuariais* mais utilizados para prognosticar *perigosidade* ao redor do mundo, expressando-se em pareceres que afetam decisivamente o sistema de justiça criminal e que ultrapassam seu propósito original de descobrir a existência de “*DSPD*’s” no início da instrução. Na Inglaterra, por exemplo, a análise fatorial que oferece é aplicada em presos que estão prestes a sair e pode significar, em caso de alta pontuação, prorrogação de seu tempo de custódia, em alguns casos simplesmente “resetando” a pena já cumprida – desta vez, sob exclusivo argumento de *perigosidade* individual. Além disso, em alguns lugares nos Estados Unidos o “*PCL-R*” também auxilia os magistrados a decidir pela pena de morte, se adolescentes podem responder a processo criminal perante a Justiça

⁴⁵⁶ As categorias são, sempre em tradução livre do inglês: (a) *loquacidade, no sentido de capacidade de ser agradável e espirituoso quando quer*; (b) *autoestima exagerada, grande senso de valor próprio*; (c) *necessidade de estímulo constante ou propensão ao tédio*; (d) *mitomania*; (e) *astúcia, malícia ou comportamento manipulador*; (f) *Incapacidade de remorso ou culpa*; (g) *expressão superficial ou rasa de sentimentos*; (h) *falta de empatia ou insensibilidade*; (i) *estilo de vida parasitário*; (j) *controle emocional débil*; (k) *promiscuidade sexual*; (l) *problemas de comportamento com pouca idade*; (m) *falta de objetivos realistas em longo prazo*; (n) *impulsividade*; (o) *irresponsabilidade*; (p) *incapacidade de aceitar responsabilidade por seus atos*; (q) *muitos relacionamentos conjugais de curta duração*; (r) *delinquência juvenil*; (s) *revogação de benefício prisional* e (t) *versatilidade criminosa, no sentido de poder praticar diferentes delitos*. Lista em JOHNSON, Bob. **An analysis of medical and legal flaws in the PCL-R**, p. 10.

⁴⁵⁷ Em outras palavras, pouco importa o que o examinado diz que vai fazer no futuro, porque o exame não leva em conta a declaração de suas intenções, concentrando-se sobre fatores estáticos. Por isso, setores críticos denunciam a grosseira generalização que o “*PCL-R*” promove no exame clínico das *psicopatias*, além de pressupor a estabilidade da constituição psíquica do indivíduo, um dado absolutamente indemonstrável que o teste tem por premissa. Síntese da crítica dos psicólogos ao “*PCL-R*” na análise sintética de JOHNSON, Bob. **An analysis of medical and legal flaws in the PCL-R**, p. 1-10.

comum e se pais devem perder o direito de guarda sobre seus filhos. Em suma, praticamente todas as decisões que se fazem acompanhar de pareceres especializados de psicólogos podem acabar sendo definidas exclusivamente em base ao “*Hare PCL-R*”.

Outro mecanismo que se tornou bastante popular foi criado em 1993, com o propósito de desvelar o potencial *violento* de homens internados em instituições psiquiátricas de segurança máxima, independentemente de condenação por crime de natureza sexual. Trata-se do “*Violence Risk Appraisal Guide*”, produto do trabalho conjunto dos pesquisadores Vernon QUINSEY, Grant HARRIS e Marnie E. RICE.⁴⁵⁸ O “VRAG”, como é mais conhecido, trabalha com 12 (doze) *fatores* que podem aumentar ou diminuir o *risco* individual de *reincidência violenta*, sendo 3 (três) deles relativos à constatação de *psicopatias*, tanto pelo “*DSM-III*” quanto pelo “*PCL-R*”. Mais completo que seu predecessor, o exame para *transtorno de personalidade* e *esquizofrenia* ou “*DSPD’s*” é integralmente aplicado ao indivíduo, embora considerado apenas uma variável a mais na tabela de avaliação. Os demais 9 (nove) critérios dizem respeito a (a) desajuste no processo escolar primário, (b) idade, (c) ter vivido com ambos os pais até os 16 (dezesesseis) anos, (d) violado condições de benefício prisional anterior, (e) histórico de prática de crimes não-violentos, (f) ter sido casado, (g) o resultado

⁴⁵⁸ Síntese no artigo HARRIS, Grant T., QUINSEY, Vernon L. e RICE, Marnie E. **Violent Recidivism of Mentally Disordered Offenders**, p. 315-335. Os autores são, à semelhança de Robert HARE, canadenses.

do crime para a vítima, (h) abuso de álcool e (i) vitimização de mulheres.⁴⁵⁹ Cada critério é pontuado de forma negativa (-), positiva (+) ou neutra, no sentido de diminuir, aumentar ou ser irrelevante para o *risco de reincidência violenta*. A pontuação pode variar de “-26” (menos vinte e seis) a “+38” (mais trinta e oito) pontos e projeta o *risco* para os próximos 7 (sete) e 10 (dez) anos. Pontuação menor que “-21” (menos vinte e um) pontos significa 0 (zero) *risco de reincidência* nos primeiros 7 (sete) anos de vida livre e em apenas 8% (oito por cento) dos casos no prazo de 10 (dez) anos. Pontuações iguais ou superiores a “+28” (mais vinte e oito) significam, segundo o “VRAG”, certeza de *reincidência*, expressa na porcentagem de 100% (cem por cento) já dentro de 7 (sete) anos em liberdade. Não obstante ser muito mais completo do que o “PCL-R”, não foi amplamente adotado ou validado por pesquisas posteriores,⁴⁶⁰ e sua credibilidade caiu bastante depois que uma avaliação independente demonstrou que o “VRAG” tinha eficácia apenas *moderada* no prognóstico de *violência*,

⁴⁵⁹ A seguir, uma amostra de como se faz pontuação pelo “VRAG”, considerando apenas os limites máximos e mínimos de cada critério em casos de pontuação múltipla. Em relação ao (a) **ajuste escolar primário**, atribuíam-se -1 (menos um) se não houvesse problemas e +5 (mais cinco) para problemas graves; para (b) **idade**, -5 (menos cinco) se com 39 (trinta e nove) ou mais anos e +2 (mais dois) se menor que 27 (vinte e sete); (c) se **viveu com ambos os pais até os 16 (dezesseis) anos** – exceto se isso foi impossível pela morte de um deles – recebe -2 (menos dois), se não recebe +3 (mais três); (d) a **violação de condições de benefício anterior** implica score de +3 (mais), mas o cumprimento com sucesso ou não oferecimento é irrelevante. Em seguida, em relação ao (e) **histórico de prática de crimes não-violentos**, vários crimes são listados, cada um com peso entre 7 (sete) e 1 (um); quem não tiver qualquer antecedente entre os crimes listados, recebe -2 (menos dois) mas quem somar 3 (três) pontos ou mais recebe +3 (mais três). A experiência do (f) **casamento** significa -2 (menos dois) e sua ausência +1 (mais um); no que se refere ao (g) o **resultado do crime para a vítima**, há uma curiosa inversão de valores, pois o resultado de morte significa -2 (menos dois) e nenhuma ou pequena lesão, +2 (mais dois). Quanto ao (h) **histórico de abuso de álcool**, não se trata de simples “sim” ou “não” mas de uma avaliação 5 (cinco) quesitos, cuja soma final pode resultar de -1 (menos um) se nenhum deles for atendido a +2 (mais dois), se quatro ou todos forem constatados. Por fim, em relação a (i) **vitimização de mulher** é pontuada com -1 (menos um), evidenciando que a violência contra homens é mais grave a fim de prognosticar a violência, recebendo +1 (mais um). Além destes 9 (nove) critérios, como antes dito, existem 3 (três) relativos a “psicopatias”. Em relação ao (j) **“HARE PCL-R”**, como a pontuação poderia variar de 0 (zero) a 40 (quarenta) pontos, o limite mínimo (entre 0 e 4) recebia -5 (menos cinco) e o máximo (entre 35 e 40) +12 (mais doze). Quanto ao diagnóstico de (k) **“transtorno de personalidade”** conforme o “DSM-III”, se presente significava +3 (mais três) no cômputo geral e, se não, -2 (menos dois). Diferente era o caso da (l) **“esquizofrenia”**, que se constatada nos termos do “DSM-III” recebia -3 (menos três) pontos e, se não, +1 (mais um). Ver explicação sintética dos prós e contras do instrumento e sua tabela para aplicação em GATES, Ernest P. *et al. Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia*, p. 30-31.

⁴⁶⁰ A crítica à pouca validação destes instrumentos em SHERIDAN, Daniel J. *et al. Prediction of Interpersonal Violence*, p. 3-4. Segundo HARCOURT o “VRAG” seria utilizado no estado de Washington em conjunto com o *software* “Classification of Violence Risk” ou “COVR”, disponível no mercado desde 2005. Ver HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 14 e 84. Uma verificação independente foi incapaz de confirmar tal informação.

capacidade esta que caiu pela metade no que se referia à antecipação de *reincidência* em crimes de natureza sexual.⁴⁶¹

Em nova tentativa de superar a baixa capacidade prognóstica, foi criado a partir do próprio “VRAG” o “*Sex Offender Risk Appraisal Guide*” ou “SORAG”, específico prognosticar *reincidência* em crimes sexuais *violentos*, delineando quem seriam as vítimas mais prováveis em relação ao sujeito examinado.⁴⁶² A ferramenta, contudo, tampouco teve grande aceitação no sistema de justiça criminal.

Por último, e embora isso possa ser deduzido dos últimos parágrafos, não se pode deixar de destacar que a transformação dos métodos para identificar a *perigosidade* pela *lógica atuarial* modificou também a própria noção de *imputabilidade* no sistema de justiça criminal. Atualmente, o sucesso de tais instrumentos na definição da capacidade de culpabilidade está profundamente relacionado ao abandono das tradicionais categorias clínicas que descrevem *psicopatias*, pois seria impossível desenvolver mecanismos de previsão seguros para *prognosticar reincidência violenta* sem antes unificar as diferentes denominações utilizadas sob um rótulo mais geral. Assim, a brutal redução da nomenclatura tradicional conduziu à limitada concepção do *transtorno de personalidade* como objeto da pesquisa multifatorial organizada em rede, movimento que conta não só com os avanços da pesquisa estatística, mas também da genética e neurociência.⁴⁶³ Isso só foi possível, por certo, porque não há mais necessidade de justificar terapias específicas; a presença objetiva de *fatores de risco* associados ao comportamento antissocial é suficiente para

⁴⁶¹ Isso depois de um teste sobre 159 (cento e cinquenta e nove) *delinquentes sexuais*, conforme GATES, Ernest P. *et al. Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia*, p. 30.

⁴⁶² Ver as conclusões a partir do estudo de 618 (seiscentos e dezoito) homens condenados por crimes graves. HARRIS, Grant T., QUINSEY, Vernon L. e RICE, Marnie E. **Violent Recidivism of Mentally Disordered Offenders**, p. 315-335. Um estudo feito pelos mesmos autores, publicado dois anos depois, tratou especificamente de *estupradores* e *pedófilos*, novamente encontrando fatores salientes para prognóstico de *reincidência* na presença de desordens mentais e antecedentes, como se lê em HARRIS, Grant T., QUINSEY, Vernon L. e RICE, Marnie E. **Actuarial Prediction of Sexual Recidivism**, p. 85-105. Tendo produzido diversos artigos sobre o tema, 25 (vinte e cinco) anos de pesquisa estão sintetizados no livro de HARRIS, Grant T., QUINSEY, Vernon L., RICE, Marnie E. e CORMIE, Catherine A. **Violent Offenders**, p.1-356.

⁴⁶³ HARE, Robert D. e NEUMANN, Craig S. **Psychopathy as a Clinical and Empirical Construct**, p. 219- 221 e HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 82.

determinar, simultaneamente, a *inimputabilidade* e a *incapacitação* mediante reclusão, dispensando-se diagnósticos clínicos complexos que dependem de opinião subjetiva, e que transitam por diferentes níveis e espécies de *doenças e distúrbios mentais*. Não é preciso, enfim, descobrir exatamente qual o mal que vitimiza o sujeito e determina seu comportamento: para fins de simples *prevenção especial negativa* a referência a um nome próprio é dispensável, sendo suficiente a constatação da ausência ou presença de um *perfil de risco de perigosidade*, que não passa despercebido à análise atuarial, ainda quando invisível ao escrutínio médico. Se antes se buscavam *fatores de risco* associados a *psicopatias* descritas pelas ciências da subjetividade, agora são os *fatores de risco* mais frequentes em casos de comportamento antissocial que definem o que se entende por *psicopatias*. Consoante esta lógica, a substituição das psicopatias por *perfis* ou *personalidades de risco* é um excelente exemplo de que o indivíduo não é mais o referente (logos) da *Criminologia*. O novo léxico, que trabalha com categorias de *reincidentes crônicos*, *criminosos de carreira* ou de *alto risco*, *predadores sociais* e *sexuais* é revelador, porque se opõe às tradicionais abordagens atuariais da década de 60, que orbitavam em torno da *normalização* (o que era normal na sociedade e o que era diferente no criminoso); ao invés de o sujeito produzir os números (sua sociabilidade define seu *perfil de risco*), são os números que produzem o sujeito (seu *perfil de risco* define sua sociabilidade).⁴⁶⁴

Esta grosseira banalização das *ciências da subjetividade* – não apenas daquelas estão envolvidas nos *processos de criminalização secundária* – redundando em uma *psicologia de formulários*, que torna qualquer pessoa capaz de prognosticar comportamentos futuros, próprios ou alheios, com um mínimo de esforço intelectual. De fato, estão à venda no mercado diversos testes de *personalidade* para os mais diversos fins, da orientação vocacional à antecipação de *esquizofrenia*, e que são comercializados praticamente sem pré-requisitos – normalmente, quando incluem avaliação psicológica, a maioria não requer mais do que um curto treinamento, oferecido em cursos e “*workshops*” que duram dois

⁴⁶⁴ FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *The new penology*, p. 443.

dias ou menos.⁴⁶⁵ Estes testes criam a ilusão de que, após um sucinto “*briefing*” introdutório, qualquer pessoa se julgue apta para se examinar ou ao próximo. Talvez não seja de todo exagerado considerar isso como mais um perigoso passo em direção à extinção do *princípio da confiança* e da *solidariedade* social: ao subordinar as relações sociais à prévia *classificação*, diminui-se muito o espaço para o exercício da *alteridade*, porque há uma negação objetiva do sujeito. A tentação de identificar e classificar o *perfil de risco* de alguém antes de tomar uma decisão pessoal certamente não caracteriza um *agir ético*, mas uma forma artificial, presunçosa e autoritária de se relacionar com os demais.⁴⁶⁶ Neste sentido, como avaliar a propaganda que se faz de um *instrumento atuarial* que permite, antes do casamento, realizar um *check-up* completo do futuro cônjuge além dos exames médicos pré-nupciais de praxe, incluindo-se também um *prognóstico de risco* de violência doméstica futura? A ferramenta sugerida para este fim – outras estão disponíveis – é o “*Spousal Assault Risk Assessment Guide*” ou “*SARA*”, construído para *prognosticar* o *risco* de agressões no âmbito das relações de coabitação, inclusive de natureza sexual.⁴⁶⁷ O *checklist* consiste em 20 (vinte) itens que remetem a *fatores de risco* cruciais segundo a literatura técnica especializada no tema, depois verificados em testes entre apenados. Seu objetivo é ajudar a determinar até que ponto um indivíduo representa uma ameaça para sua esposa, filhos, familiares e outras pessoas em regime de coabitação e, embora se dirija preferencialmente para aqueles já criminalizados em função de episódios, pode ser aplicado a todo homem maior de 18 (dezoito) anos, sendo que uma avaliação completa deve durar entre 60 (sessenta) e 90 (noventa) minutos.⁴⁶⁸ Desenvolvido sob a liderança de Randall P. KROPP,

⁴⁶⁵ Um dos portais mais conhecidos para treinamento é o <http://www.violenceriskassessment.com/>

⁴⁶⁶ Neste sentido, COHEN denuncia – remetendo à célebre formulação foucaultiana – que o poder não é apenas uma forma de proibição, mas de constituição da vida social; a classificação destas desordens e sua padronização é uma brutal desumanização da ciência, que se reduz a um “profissionalismo” imoral, que vive de seu próprio e alienado mundo. Ver crítica completa em COHEN, Stanley. **Visions of Social Control**, p. 186-188.

⁴⁶⁷ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 14 e 84.

⁴⁶⁸ O instrumento (na forma de formulários) é oferecido de maneira gratuita *online*, cobrando-se pelo serviço de treinamento. O teste se concentra sobre a existência de *antecedentes* e o *ajuste psicossocial* do avaliado e pode ser utilizado em todos os níveis da *criminalização secundária*. Inclusive, segundo seus proponentes, como argumento em favor da Defesa. *Checklist* disponível para consulta em http://www.biscmi.org/documents/Spousal_Assault_Risk_Assessment.pdf

coautor do já mencionado “SVR-20” e de outros instrumentos para o mesmo propósito, como o “*Brief Spousal Assault Form for the Evaluation of Risk*” ou “*B-SAFER*”, o “*Risk for Sexual Violence Protocol*” (“RSVP”) e o “*Guidelines for Stalking Assessment and Management*” (“SAM”).⁴⁶⁹

Já está em curso, portanto, a vulgarização do psiquismo humano, que de um aparelho misterioso e essencialmente determinado por forças inconscientes passa a ser um objeto subordinado à *retórica do risco*, em sua versão mais pedestre. Soma-se a isso a redução de todas as categorias clínicas à investigação do conceito mais geral da *personalidade*, por sua vez submetido à avaliação de testes específicos comprados *online* e cuja aplicação não requer mais do que um breve treinamento do avaliador – e facultado o autoexame. De maneira análoga à crença de que, graças aos testes de *personalidade* informados pelas regularidades estatísticas todos podem assumir o papel de médicos com o mínimo esforço, sustenta-se que os burocratas podem assumir o papel de policiais, promotores, juízes e carcereiros, desde que devidamente acompanhados de *instrumentos atuariais* confiáveis.

Mais não precisa ser dito, tendo em vista o objetivo de indicar a colonização dos *diagnósticos clínicos* pela *lógica atuarial*. O que se constata aqui é que, a fim de evitar a interferência do conteúdo ético e técnico das ciências da saúde na *automação dos processos de criminalização*, a *Política Criminal Atuarial* estabelece parâmetros objetivos de avaliação que não dependem do juízo de especialistas fora do sistema. Todavia, apesar de toda a crença nos *instrumentos atuariais* – embora desmascarada a capacidade do *exame anamnésico* na antecipação de crimes violentos ou de natureza sexual – a verdade é que neste campo ainda não há qualquer garantia de acerto. Afinal, uma avaliação sobre a provável determinação dos fatos pretéritos é, como ironicamente sintetiza GABOR, absolutamente incapaz de assegurar sua validade em cenários futuros: além dos dados objetivos e mais imediatos, o que pretendem

⁴⁶⁹ Os demais autores são Stephen D. HART, Christopher D. WEBSTER e Derek EAVES. O kit completo custa US\$ 105,00 (cento e cinco dólares) e inclui, além do manual, diversos formulários para preenchimento. Mais no *site* da MHS, que desenvolve comercializa diversas aferições psicológicas: <https://ecom.mhs.com/>

os *atuários* é punir um indivíduo por comportamento *incerto* que *pode* ser realizado de acordo com aquilo que outros – que *aparentam* ser *semelhantes* a ele – *disseram* que *tendem* a fazer quando perguntados.⁴⁷⁰

Encerrada este breve digressão, a análise retorna agora à prospecção das transformações nos *processos de criminalização secundária* determinadas pela *lógica atuarial*, concentrando-se na redefinição das atividades desempenhadas pelos tradicionais agentes do sistema de justiça criminal, da polícia em direção à magistratura.

2.4.4. *Arbúrio estatístico*: o caso da discricionariedade dos agentes da repressão

Como antecipado, embora a aplicação da *lógica atuarial* para *racionalização* do sistema de justiça criminal tenha começado nas etapas posteriores à sentença condenatória, há um dramático aumento no uso de *prognósticos de risco* antes e durante a instrução dos processos criminais, o que reduz significativamente a possibilidade de interferência subjetiva dos agentes da repressão – especialmente para descriminalizar – nas primeiras fases da *criminalização secundária*, subordinando a validade de suas decisões aos resultados objetivos dos *instrumentos atuariais*. Em outras palavras, o que a *Política Criminal Atuarial* promove aqui é desumanização de um sistema já bastante desumano.

A seletividade operada pelos *filtros* – vistos como *gargalos* – da criminalização é *formal* e *objetivamente racionalizada* para encontrar e *incapacitar* apenas os *criminosos* de *alto risco* e *perigosos*, preconceitos e idiosincrasias à parte. A correta *classificação* dos retidos na rede criminalizante conforme seu *perfil* seria justificada, nesta ótica, como uma questão de *justiça*, porque capaz de atenuar a arbitrariedade inerente ao processo de discriminação negativa. Poucos discordariam ser melhor preferir um critério que tem por base a pesquisa *estatística* em detrimento ao uso – consciente ou não – de *metarregras*

⁴⁷⁰ GABOR, Thomas. *The Dangerous Criminal and Incapacitation Policies*, p. 402-403.

fundadas na experiência ou conhecimento vulgar: a *aferição* objetiva do *risco individual* não seria apenas mais *eficiente*, mas também mais *igualitária*.⁴⁷¹ Mas, para assegurar este propósito os agentes da repressão devem antes se transformar em *gestores da criminalidade*.⁴⁷²

Processo que, pela ordem, começa pela Polícia, precisamente o lugar onde, dado o predomínio das *metarregras*, qualquer iniciativa de controle objetivo tende a fracassar, como ensinam as iniciativas legislativas e judiciais do passado. Por certo, nenhum momento do sistema de justiça criminal admite tanta discricionariedade – ou *arbitrariedade* – de seus agentes quanto a fase policial. Em última análise e apesar de todo o treinamento, a liberdade para escolher quem, quando e como prender ou investigar tende a ser resolvida exclusivamente a partir de regras de experiência, herdadas ou próprias.⁴⁷³ Indubitável que a pretensão do *gerencialismo* de *racionalizar* estas atividades – fazendo com que se conformem à *lógica atuarial* – constitui um de seus maiores desafios.

Os primeiros pontos de ataque são a abordagem de suspeitos e a investigação criminal, atividades que apesar de todo o avanço técnico ainda dependem da intuição e motivação particular dos agentes policiais para montar e perseguir certas hipóteses de trabalho.⁴⁷⁴

É aqui que as coisas começam a mudar, como atesta o uso frequente de *instrumentos atuariais* na repressão ao tráfico internacional de drogas, cujo início remonta aos primeiros anos da década de 70, quando a “*Drug Enforcement Administration*” (“*DEA*”) começou a contabilizar as características físicas e comportamentais dos traficantes casualmente detidos nos aeroportos estadunidenses. Com o tempo, percebeu que esse grupo de indivíduos formava um padrão que, a partir de 1974, é referência para direcionar as abordagens dos

⁴⁷¹ CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 3-4.

⁴⁷² CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 148-150.

⁴⁷³ Evidentemente, o peso das *metarregras* é muito maior onde a formação dos policiais é deficitária. Sobre as tentativas de controlar a fase policial mediante normas de conduta, vide WALKER, Samuel. **Taming the System**, p. 23-25.

⁴⁷⁴ Apesar do notável avanço técnico nos meios de investigação – basta pensar na diferença que significa poder contar com o exame em ADN ou os diferentes “*gadgets*” eletrônicos à disposição – o método pelo qual se postulam as hipóteses de trabalho parece permanecer o mesmo. Em síntese, a *racionalidade* da investigação policial não acompanhou a evolução das técnicas de investigação. Tanto que, em outro sentido, na repressão aos chamados “*street crimes*” a polícia continua, tecnologia à parte, utilizando arcaicos e consagrados métodos – intimidação e tortura, sobretudo.

agentes aduaneiros sobre quem interceptar. Em 1982, sobre esta experiência pioneira, o centro de pesquisas do “*DEA*” realizou um novo e sistemático estudo, hoje referência obrigatória para todos os aeroportos estadunidenses.

O *perfil de risco* de um passageiro também é critério que, isoladamente, pode incluí-lo na famigerada “*No-fly list*”, cadastro que proíbe o embarque das pessoas que tem seus nomes ali escritos, sem necessidade de justificação.⁴⁷⁵ Apesar dos inúmeros casos de erros de identificação e da suspeita de violação das liberdades civis mediante acesso a dados confidenciais de cidadãos americanos, o “*No-fly list*” é considerado um dos mais importantes instrumentos para prevenção do *risco* utilizado pela “*Transportation Security Administration*” (“*TSA*”), agência governamental com poder de polícia criada para controlar o acesso dos passageiros a aviões após a destruição do “*World Trade Center*”, em 11 de setembro de 2001.⁴⁷⁶

O rol, entretanto, é elaborado a partir do mais amplo “*Terrorist Screening Database*” (“*TSDB*”), administrado pelo “*Terrorist Screening Center*” (“*TSC*”), órgão por sua vez subordinado ao “*Federal Bureau of Investigation*” (“*FBP*”).⁴⁷⁷ Logo, à semelhança do que acontece nas “*sex offenders free zones*”, os aviões estão sujeitos à política das “*no-go-areas*”, segundo a qual a proibição de ingresso é absoluta e indiscutível para todos aqueles que forem incluídos em uma lista conforme critérios de *risco*.⁴⁷⁸

Por fim, ainda na área de investigação e identificação de suspeitos, consta o aproveitamento da estrutura que já existia na agência de controle de arrecadação do Tesouro estadunidense, a “*International Revenue Service*” (“*IRS*”), destinada a selecionar as declarações a serem auditadas por presumidas fraudes fiscais. O processo se baseia em um algoritmo complexo e guardado a sete chaves conhecido por “*DIF*”, ou “*Discriminant Index Function*”, cuja

⁴⁷⁵ Em 02 de maio de 2012, 85.269 (oitenta e cinco mil duzentas e sessenta e nove) pessoas estavam na lista. É possível verificar seus nomes em <http://www.no-fly-list.com/>

⁴⁷⁶ Justificação oficial para existência da lista em http://www.tsa.gov/approach/secure_flight.shtm. Atualmente, a “*TSA*” está subordinada ao equivalente à Defesa Civil dos Estados Unidos, o “*Department of Homeland Security*” <http://www.dhs.gov/index.shtm>

⁴⁷⁷ Mais informações em <http://www.fbi.gov/about-us/nsb/tsc>

⁴⁷⁸ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, p. 102-105.

missão é antecipar eletronicamente a existência de irregularidades.⁴⁷⁹ Com a crescente repressão à sonegação tributária – convertida de *ilícito administrativo* em *crime* sem qualquer reparo, inclusive no Brasil – o *instrumento atuarial* destinado a estreitar a busca por incidentes fiscais se transforma em ferramenta de investigação de delitos, dirigindo a atuação policial contra os responsáveis por declarações retidas pelo programa. Atualmente, de 20 a 30% (vinte a trinta por cento) do total das declarações auditadas são definidas exclusivamente pelo “*DIF*”.⁴⁸⁰

Não obstante sua influência sobre a atividade inicial, o peso da *lógica atuarial* na Polícia se tornou mais evidente na “*decision making*” que se faz após a interceptação dos suspeitos. Somando-se aos planos para uma integral *Política Criminal Atuarial*, os *prognósticos de risco automatizaram* tanto a garantia de soltura e o arbitramento da fiança e seu valor quanto a decretação da custódia pessoal cautelar. As boas intenções declaradas destas iniciativas vinham, novamente, apaziguar os ânimos exaltados pela redução da *discrecionabilidade* que requeriam.

Especificamente, no que se refere à fiança, alegava-se que uma análise *computadorizada e multifatorial* não só decidiria melhor se o indiciado representava ou não *risco* para o processo, como também seria mais apta a definir o valor a ser dado em garantia. Assim, o uso de *instrumentos atuariais* para arbitrar fiança impediria sua estipulação em valores inadequados, de impossível adimplemento ou incapazes de assegurar a presença do acusado no processo.⁴⁸¹

Já em relação à prisão preventiva, o uso da fria *técnica estatística* deveria diminuir os casos de detenção cautelar, tendo em vista que a maioria da população não corresponderia ao *perfil* de *alto risco*, o que ajudaria muito a

⁴⁷⁹ A descrição do mecanismo se parece muito com o *software* que define o padrão da malha fina da Receita Federal. Ver HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 9-10.

⁴⁸⁰ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 10.

⁴⁸¹ Neste ponto, mesmo um crítico da aplicação da *lógica atuarial* ao sistema de justiça criminal como HARCOURT não se mostra absolutamente refratário à proposta. Vide HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 4. Destaque-se que, nestes casos, o objeto de análise não seria o *risco*, mas a liquidez patrimonial do acusado. Lógica que poderia se estender, também, para fixação do valor do dia-multa no Brasil, hoje praticamente fundada em meras presunções sobre a “situação econômica do réu”, como prevê o Código Penal, artigos 49, §1º e 60.

aliviar a *superlotação* nas “*jails*”.⁴⁸² Amparado por este discurso, o Distrito de Columbia foi o primeiro a legitimar a prisão preventiva contra todos os acusados por crimes definidos em uma lista prévia como *perigosos*, dispensando a fundamentação por conta da ameaça à segurança pública e da desconfiança de que o acusado não iria comparecer aos demais atos do processo. Desafiada judicialmente, o Congresso estadunidense ratificou a legitimidade desse estatuto em 1970. Consequentemente, com o passar dos anos, a maioria dos estados adotou leis semelhantes, que ficaram conhecidas como “*leis do perigo*” (“*danger laws*”). Não fosse o bastante, em alguns destes estados a *presunção de perigosidade* se fez acompanhar da inversão do ônus probatório, cabendo àqueles identificados como de *alto risco* ou *perigosos* pelo *instrumento atuarial* rechaçar o rótulo que lhes fora atribuído e negando-se o direito de recurso a uma instância superior contra a *classificação* imposta.⁴⁸³

No mesmo sentido, mas em âmbito nacional, a “*Federal Bail Reform Act*” de 1984 definiu os acusados por crimes federais que deveriam ser considerados *perigosos* e, *ipso facto*, sujeitos à prisão cautelar, sem direito à fiança.⁴⁸⁴ O grupo inclui os suspeitos por crimes (a) violentos ou apenados com prisão perpétua ou pena capital, (b) relacionados ao tráfico de drogas com 10 (dez) anos ou mais de pena cominada, (c) de qualquer natureza, se o acusado já tem contra si mais de uma condenação pelos crimes antes referidos ou (d) foi condenado nos últimos 5 (cinco) anos por fato praticado durante liberdade provisória. A lei ainda adota uma espécie de quarentena, permitindo a detenção do acusado por 10 (dez) dias apenas para definir – em base a indícios – se ele é ou não *perigoso* e considera como culpados aqueles que ainda aguardam julgamento de recurso.⁴⁸⁵

Entender como essa legislação explicitamente contrária ao *princípio da presunção de inocência* logrou ser racionalizada no sistema jurídico que ainda é referência do processo penal delimitado por balizas constitucionais requer

⁴⁸² Entre eles BELLASSAI, John P. e TABORG, Mary A. **Attempts to Predict Pretrial Violence**, p. 101-122.

⁴⁸³ Detalhes da proposta em BELLASSAI, John P. e TABORG, Mary A. **Attempts to Predict Pretrial Violence**, p. 101 e 107-112.

⁴⁸⁴ STEADMAN, Henry J. **How well can we predict violence for adults?**, p. 5.

⁴⁸⁵ BELLASSAI, John P. e TABORG, Mary A. **Attempts to Predict Pretrial Violence**, p. 113-114.

analisar, ainda que muito brevemente, alguns importantes precedentes jurisprudenciais, que dão o tom das recentes transformações. Primeiro, em 1979, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em “*Bell v. Wolfish*” que o confinamento antes do julgamento não tinha natureza penal, mas cumpria uma legítima *função regulatória* (“*regulatory function*”) orientada conforme o interesse público, e dessa forma não violava a *presunção de inocência* nem era incompatível com a décima quarta emenda da Constituição do país, que proíbe punição sem o devido processo legal. Dois anos depois, em “*United States v. Edwards*”, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia avançou no tema afirmando que a garantia contra excessos no arbitramento da fiança estabelecida na oitava emenda não significa incompetência legislativa para proibir fiança em certos casos, uma decisão que foi implicitamente ratificada pela negativa da Suprema Corte em reavaliar o caso. Por fim, em 1984 o *prognóstico de perigosidade* foi aceito como critério para determinar a detenção preventiva em “*Schall v. Martin*”, desobrigando os estados a apresentar um determinado “*standard*” científico de certeza. Certeza essa, aliás, que como de costume se apoiava sobre a *reincidência*, em sentido amplo. À semelhança do que aconteceu com outros *instrumentos atuariais*, as decisões em favor da custódia cautelar supervalorizavam os antecedentes, o que foi respaldado pelas pesquisas empíricas em verificação posteriores, que evidentemente não tiveram dificuldade em traçar o *perfil* daqueles vinculados a um maior *risco* de praticar crimes durante a instrução processual: (a) jovens, (b) desempregados, (c) usuários de drogas e, principalmente, (d) com histórico de criminalização.⁴⁸⁶

Em suma, com a implantação dos *prognósticos de risco* na atividade policial, aos agentes da “fase administrativa” da *criminalização* é dado simultaneamente mais competência e menos liberdade: se por um lado lhes é conferida a faculdade para decidir se soltam, arbitram fiança ou mantêm presos preventivamente os criminalizados, por outro estão adstritos em suas decisões aos resultados objetivos dados por *instrumentos atuariais*. Na prática, um *poder*

⁴⁸⁶ Em detalhes, “*Bell v. Wolfish*” (441 U.S. 520), “*United States v. Edwards*” (415 U.S. 800) e “*Schall v. Martin*” (467 U.S. 253) e síntese em BELLASSAI, John P. e TABORG, Mary A. **Attempts to Predict Pretrial Violence**, p. 103-104 e 114-116.

(de decidir) *sem poder* (de decisão). A adoção de ferramentas informadas pela *estatística* para decidir os rumos da ação policial é apenas uma manifestação de sua reorganização determinada pelo *gerencialismo*, ou seja, parte do projeto construído para alcançar o ideal de *eficiência* na segurança pública, que também inclui a criação de novas instâncias externas e não-burocratizadas para o controle das suas atividades e a adoção de uma estrita política de metas.⁴⁸⁷ Também é interessante notar que, na medida em que adere à mesma *racionalidade* que orienta as demais etapas da *criminalização secundária*, sua atividade é cada vez menos uma instância de passagem para a justiça penal e mais um apêndice que acompanha todo o processo, até seus momentos finais.

Por fim, como engrenagem inicial da dinâmica da *Política Criminal Atuarial*, é visível uma revalorização da Polícia por sua importância para a estabilidade do sistema, haja vista constituir o principal centro para compilação de dados estatísticos, que permitem descobrir ou validar os tais *fatores de risco* da *criminalidade*.⁴⁸⁸ Não se pode deixar de notar, todavia, que é precisamente a realização desta tarefa que lhe garante destaque, a responsável por determinar seu declínio – no sentido de uma instituição particular, diferente das demais instituições que atuam neste processo – no longo prazo. Pois conforme os dados vão se sedimentando e constituindo um sólido referencial para orientar suas atividades, as tradicionais práticas de investigação tendem a ser abandonadas, reduzindo-se o papel reservado ao policial com vocação para a repressão das condutas antissociais, sobretudo mediante perseguição de crimes violentos sem autoria certa.

Uma vez sintetizadas as mudanças que a *lógica atuarial* opera na tradicional atividade policial, pode-se agora passar à instituição que *racionaliza* a acusação formal contra supostos *criminosos*, e que no Brasil corresponde essencialmente ao Ministério Público.

⁴⁸⁷ Sobre o impacto do “*managerialism*” na Polícia, à luz de uma crítica global à redefinição do sistema de justiça criminal pela ideologia neoliberal, ver O’MALLEY, Pat. **Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal**, p. 132-135.

⁴⁸⁸ CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 69.

Aqui, às vésperas da década de 80, um dos sintomas mais notórios da colonização da *seletividade* do sistema de justiça criminal pela *lógica atuarial* nos Estados Unidos foi a implementação nacional dos “*Career Criminal Programs*” ou “*CCP*”,⁴⁸⁹ constituídos com o objetivo de afastar o horizonte normativo e reduzir a margem de ação dos agentes da repressão. A ideia do “*CCP*” era treinar os funcionários públicos responsáveis pelo exercício da competência punitiva para que diferenciasssem quem deveria ou não ser rotulado como *criminoso* exclusivamente a partir de *instrumentos atuariais*, abandonando critérios subjetivos fundados na experiência ou nas ciências sociais.

Várias iniciativas foram financiadas neste propósito e, entre elas, o relatório de Marcia e Jan CHAIKEN da década de 90. Auspiciado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, o texto se dedicava a apresentar aos promotores (“*prosecutors*”) os elementos que permitiam identificar os tais *criminosos de carreira*, auxiliando-os na repressão *eficiente* da *criminalidade*. Entre suas recomendações estava a de não oferecer qualquer tipo de acordo a acusados considerados de *alto risco*, especialmente nos casos em que fossem perfilados como *perigosos*.⁴⁹⁰

Para identificá-los, sugeriram um método de combinação de critérios distintos entre duas listas. Os elementos da primeira eram existência de (a) antecedentes por certos crimes,⁴⁹¹ (b) “problemas com drogas”, (c) mais de um registro de prisão por receptação, (d) histórico de violação dos termos de sentença e estar (e) em liberdade condicional ou (f) respondendo a processo criminal quando preso. Caracterizado um ou mais destes elementos o sujeito era submetido à segunda lista, composta pelos seguintes itens: (a) ter sido a vítima mulher, (b) o crime praticado em lugar público e externo, (c) condenação prévia enquanto adolescente por roubo, (d) utilizada uma faca para praticar o ilícito e,

⁴⁸⁹ Mais sobre a constituição dos “*CCP*” em FIGLIO, Robert M., THORNBERRY, Terence P. e WOLFGANG, Marvin E. **From Boy to Man, from Delinquency to Crime**, p. 84.

⁴⁹⁰ CHAIKEN, Jan e CHAIKEN, Marcia. **Redefining the Career Criminal**, p. 1-7. Algo que já havia sido recomendado antes, conforme MILLER, Stuart J., DINITZ, Simon e CONRAD, John P. **Careers of the Violent**, p. 225.

⁴⁹¹ A saber, roubo, furto, incêndio, estupro, qualquer tipo legal de natureza sexual envolvendo menores, extorsão mediante sequestro ou homicídio, conforme CHAIKEN, Jan e CHAIKEN, Marcia. **Redefining the Career Criminal**, p. 37.

novamente, (e) existência de histórico de violação de sentença. À exceção do último item, a dupla caracterização transformava o potencial réu em *criminoso de alto risco*, devendo a Acusação dar prioridade ao caso para verticalizar a proposta *incapacitação seletiva*.⁴⁹² Por outro lado, indivíduos classificados como de *baixo risco* não deveriam ser denunciados e processados, mas na medida do possível conduzidos a programas alternativos e menos estigmatizantes de controle, como a reclusão domiciliar e o monitoramento eletrônico voluntário por curto período de tempo, ou mesmo aos programas de conciliação e reparação civis no âmbito do sistema “*Alternative Dispute Resolution*” ou “*ADR*”. Essa orientação era explicitamente indicada para os indivíduos sem antecedentes surpreendidos no furto mercadorias em lojas (“*shoplifters*”), pois segundo um estudo conduzido entre 1986 e 1988 a probabilidade de alguém com esse perfil voltar a ser criminalizado era 6 (seis) vezes menor quando evitada sua criminalização formal na primeira oportunidade.⁴⁹³

Mas em alguns casos a demanda por *eficiência* no trabalho dos promotores requeria, também, a “cooperação” do acusado. Isso acontecia especialmente diante da possibilidade de evitar o gasto de dinheiro público em processos criminais, sobretudo em sua versão mais cara, o “*trial by jury*”, direito fundamental de todo cidadão americano conforme a “*Bill of Rights*”. Para tanto, estava à disposição o famoso “*plea bargaining*”.⁴⁹⁴ Assim, desde que o cidadão se declarasse culpado (“*plead guilty*”) e aceitasse uma pena diminuída por um fato proposto pela Promotoria, economizar-se-iam os recursos do dispendioso

⁴⁹² CHAIKEN, Jan e CHAIKEN, Marcia. **Redefining the Career Criminal**, p. 33-38.

⁴⁹³ Em todo caso, recomendava-se criteriosa classificação dos candidatos aptos a participar destas iniciativas, como esclarece CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 5-6.

⁴⁹⁴ No processo penal estadunidense, uma vez formalizada a acusação o imputado é informado de seu conteúdo e potenciais consequências. Em seguida pode declarar-se inocente ou culpado. Caso se declare inocente, pode ainda escolher entre julgamento pelo júri, como garante a 6ª emenda da *Carta de Direitos* (“*Bill of Rights*”), ou por juiz singular, em uma decisão conhecida como “*nolo contendere*”. A declaração de culpabilidade, por sua vez, normalmente não leva o caso a júri porque decorre da aceitação pelo imputado de uma proposta oficial da Acusação, para que assuma a responsabilidade por um crime – que em regra não corresponde à acusação formal – e evite assim os riscos de uma pena maior em caso de condenação pelo Judiciário. Trata-se, em suma, do famoso “*plea bargaining*”, pelo qual se prolata uma sentença condenatória sem processo. Embora caiba ao juiz controlar oferta de barganha – assegurando o respeito a uma mínima ética processual – na prática o processo é inteiramente dominado pelos envolvidos, com predomínio da Promotoria, que tende a intimidar o condenado para que aceite a proposta. Vide RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**, p. 188-189.

processo de instrução. Portanto, à luz da *lógica atuarial* a questão era: como tornar mais frequente essa admissão de responsabilidade que tão rapidamente desonerava o poder público? A solução deveria combinar duas medidas. Primeiro, aumentar o gradiente das penas cominadas para tornar o *risco* de condenação uma opção muito ruim após breve cálculo utilitário pelo imputado. Isso se conseguiu com as reformas legislativas que padronizaram o sentenciamento e aumentaram o período de reclusão para a maior parte dos crimes, que adiante será novamente discutido. Em seguida, deveria ser dada mais autonomia aos promotores para “negociar” a antecipação da pena, retirando o pouco controle jurisdicional que havia sobre o procedimento. A consequência é que hoje mais de 90% (noventa por cento) dos acusados declaram-se culpados nos Estados Unidos. Paradoxalmente, em oposição à lógica da *eficiência*, isso agrava o problema da *superlotação carcerária*, porque manda para a prisão pessoas que seriam absolvidas pelo Judiciário. Em acréscimo, o aumento nas penas que assegura a “conveniência” do “*plea bargain*” repercute na quantidade de pena negociada, em regra mais extensas do que antes, o que significa mais tempo na prisão para quem se declara culpado. Na prática, há um retorno ao mais barato sistema confessional, no qual os promotores tem um enorme poder, que se confunde com o do juiz. Em todo caso, não deve contestar o dever de acusar: sua discricionariedade é assegurada apenas para diminuir custos, não para deixar de combater o *risco* que a existência social de certos indivíduos representa. Devem, portanto, agir como qualquer bom *gestor* o faria em seu lugar.⁴⁹⁵

Mas, apesar do impacto da redefinição *atuaria* sobre os funcionários responsáveis pela acusação criminal, a maior atenção foi dada aos magistrados. Afinal, independentemente dos esforços de todos os demais agentes do sistema de justiça criminal, a *incapacitação seletiva* dependia fundamentalmente da repercussão do *risco* individual na dosimetria da pena definida pelos juízes: se as sentenças condenatórias não se pautassem pelas diretrizes do *cálculo atuarial* no

⁴⁹⁵ Ainda cabe a advertência mais geral de CHRISTIE, de que a experiência histórica demonstra que quanto mais poder é dado aos promotores, maior as taxas de encarceramento. CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 160-162.

momento em que se definia a quantidade de pena, a proposta simplesmente não se realizaria.

Não por outro motivo, boa parte dos instrumentos para aferição do *risco* individual desenvolvido após período inicial de uso auxiliar nas “*Parole Boards*” tem por objeto o momento de aplicação da pena, reduzindo ao máximo a discricionariedade dos juízes ou, em alguns casos, sugerindo sua simples substituição pelas mais confiáveis ferramentas para descoberta do *risco* de *reincidência* e/ou *perigosidade* oculto de alguns criminosos. Despersonalizar as decisões penais era um pressuposto do “*smart sentencing*”, incompatível que era com a possibilidade de sentenças conforme a íntima convicção pessoal dos julgadores, reclamando a neutralidade dos critérios objetivos e impessoais das máquinas de calcular o *risco* individual de cada um.⁴⁹⁶

Nesse sentido, às vésperas do século XXI, impressiona a ampliação da legitimidade da *lógica atuarial* no sistema de justiça criminal, cujo desenvolvimento tecnológico se fez acompanhar das inovações no âmbito da psicologia cognitiva, sobretudo as recentes teorias procedimentais para “*decision making*” de KAHNEMAN e TVERSKY, mencionadas antes. Produziram-se, assim, *softwares* para justificar decisões condenatórias ou absolutórias conforme *cálculo atuarial* da *perigosidade* individual, outra espécie dos então já populares “*Decision Making Software*” ou “*DMS*”. Um dos exemplos mais expressivos foi o intraduzível “*Level of Services Inventory-Revised*”, ou simplesmente “*LSI-R*”, como é mais conhecido. Desenvolvido no Canadá na década de 70, o “*LSI-R*” é considerado ótimo para fins de prever *risco*s específicos por sua versatilidade e baixo custo, sendo hoje o preferido entre os estados americanos e províncias canadenses que aderiram à *Política Criminal Atuarial*. O sistema trabalha com a integração de 54 (cinquenta e quatro) fatores de *risco*, tanto *estáticos* (antecedentes e escolaridade, por exemplo) quando *dinâmicos* (v.g., orientação ideológica e atitudes emocionais) cabendo ao entrevistador mascarar, especialmente no que se refere aos fatores *dinâmicos*, o propósito das perguntas, que devem ser respondidas com simples *Sim* ou *Não* ou classificadas entre 0

⁴⁹⁶ Comparar com a crítica de CHRISTIE, Nils. *Crime Control as Industry*, p. 162-163.

(zero) e 3 (três). O resultado da soma dos fatores determina o *risco* representado pelo criminoso, remetendo às chances de *reincidência* dentro de um marco temporal.⁴⁹⁷ Embora seu uso preferencial ainda seja na avaliação para “*parole*”, a ferramenta se presta para vários outros usos, como na fundamentação ou perdão executivo de penas capitais. Tanto que, em 2002, para evitar ou mitigar os efeitos da *superpopulação carcerária*, o estado do Kansas decidiu adotar critérios objetivos para esvaziar parte das prisões. Como solução o Departamento Penitenciário resolveu que, se a condenação fosse por posse de drogas, o preso se tornava elegível para tratamento ao invés de encarceramento desde que se submetesse a um instrumento de avaliação de *risco* dedicado a calcular a probabilidade de *reincidência*. O sistema utilizado para realizar este exame foi o “*LSI-R*”. Fora da América do Norte, juízes da Inglaterra, Gales e Irlanda do Norte também usam o “*LSI-R*” para decidir sobre a conveniência da “*probation*”.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Os 54 (cinquenta e quatro) *fatores de risco* são agrupados em 10 (dez) categorias, todos descritos a seguir conforme sua adaptação possível à realidade brasileira. (a) Em relação aos **antecedentes criminais**: (a.1) se tem registro de ao menos uma condenação anterior, (a.2) duas ou mais, (a.3) três ou mais, (a.4) responde por três ou mais crimes, sem condenação, (a.5) foi preso antes dos 16 (dezesesseis) anos, (a.6) cumpriu pena em regime fechado ou semiaberto, (a.7) histórico de tentativa ou fuga institucional, (a.8) punido por falta no interior de instituição carcerária, (a.9) histórico de violação dos termos de “*probation*” ou “*parole*” e (a.10) registro oficial do uso de violência. Em relação à (b) **escolaridade/ocupação**: (b.1) se está empregado, (b.2) frequentemente desempregado, (b.3) já permaneceu desempregado por mais de um ano, (b.4) já foi demitido, (b.5) não cursou regularmente o ensino básico ou (b.6) médio, (b.7) já foi suspenso ou expulso, (b.8) qualidade da participação e performance na escola, (b.9) natureza da interação com seus pares e (b.10) relacionamento com autoridades escolares. Para (c) **situação econômica**: (c.1) tem problemas financeiros ou (c.2) depende de assistência social. No que se refere ao (d) **estado civil e condição familiar**: (d.1) insatisfeito com parceiro afetivo, (d.2) vítima do autoritarismo dos pais ou (d.3) de outros parentes, (d.4) família ou parceiro afetivo com histórico criminal. Para (e) **moradia**: (e.1) insatisfatória, (e.2) mudou de endereço três ou mais vezes no último ano, (e.3) vizinhança com altos índices de *criminalidade*. Em (f) **lazer/recreação**: (f.1) ausência de participação recente em atividade organizada e (f.2) possibilidade um “melhor uso” do próprio tempo. Quanto às (g) **companhias**: (g.1) socialmente isolado, (g.2) alguns conhecidos ou (g.3) amigos *criminosos*, (g.4) poucos conhecidos ou (g.5) poucos amigos com posição contrária à prática de crimes. Para (h) **problemas com álcool ou drogas**: (h.1) alguma vez teve problemas devido ao consumo de álcool ou (h.2) por conta do consumo de drogas, (h.3) enfrenta dificuldades atualmente devido à ingestão de álcool ou (h.4) pelo consumo de drogas, (h.5) prática de algum ato ilícito, (h.6) dificuldades conjugais ou familiares, (h.7) incidentes na escola ou trabalho, (h.8) problemas médicos ou (h.9) comprometeu outros aspectos da vida social por conta da influência de álcool/drogas. No plano (i) **emocional/pessoal**: (i.1) distúrbios emocionais moderados ou (i.2) severos, (i.3) já se submeteu ou (i.4) está em tratamento mental e (h.5) portador de *psicopatologia* diagnosticada. Por último, quanto à (j) **atitude/orientação**: (j.1) apologetico do crime, (j.2) resistente às convenções sociais (j.3) inconformismo com a sentença e (j.4) manifestação de desagrado quanto à ideia de supervisão. Entre os 28 (vinte e oito) estados que utilizam algum tipo de ferramenta atuarial no sistema de justiça criminal, o “*LSI-R*” está presente em 8 (oito). Vide HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 78.

⁴⁹⁸ Apesar desta recente experiência o Kansas ainda é um dos poucos estados dos EUA que não utiliza qualquer ferramenta estatística no sistema de justiça criminal de modo permanente, ao menos consoante dados de 2004. Mais em HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 78-82.

A capacidade do *prognóstico de risco* oferecido pelo “*LSI-R*” não se esgota no momento de aplicação da pena, afetando também a individualização de sua execução. No estado de Washington, que não oferece oportunidade de “*parole*” desde julho de 1984, o exame é aplicado antes do ingresso dos condenados no sistema carcerário – para decidir a intensidade da supervisão carcerária que demandam – e imediatamente antes de sua liberação – para fixar termos e condições de soltura, o que também acontece em Oklahoma e no Alasca. Há ainda notícia do uso alternativo do “*LSI-R*” em Vermont, onde quem é condenado se submete a dois testes: primeiro, o “*Supervision Level Assessment*” e, depois, o “*LSI-SV*”, uma forma reduzida do “*LSI-R*”, com apenas 8 (oito) fatores. Um escore baixo em ambos torna o sujeito apto à suspensão condicional da pena ou cumprimento em presídio de segurança mínima; uma pontuação alta obriga-o a tomar o “*LSI-R*” completo, sendo alocado no sistema penitenciário conforme o *risco* indicado pelo instrumento. Mas se por um lado a versatilidade do “*LSI-R*” é indiscutível, por outro a validade de seus prognósticos não. Em outubro de 2000 a “*Parole Board*” da Pensilvânia conduziu estudos para comprovar o grau de acerto do sistema, obtendo resultados muito abaixo do esperado. A pesquisa descobriu que as estimativas sobre a mesma pessoa variavam além da *margem de erro* de acordo com o entrevistador e demonstrou que os únicos dados suficientemente confiáveis eram relativos aos antecedentes criminais e uso de drogas, sugerindo então a redução dos critérios e foco nos *fatores de risco estáticos*. Falhas semelhantes foram constatadas pelo “*Home Office*” da Grã-Bretanha, que não recomenda o uso do “*LSI-R*” como principal mecanismo para definição do *risco* individual, embora não o descarte.⁴⁹⁹

Mas nada foi tão significativo para reduzir a discricionariedade dos juízes americanos quanto o “*Guidelines Manual of the United States Sentencing Commission*”, que praticamente acabou com a liberdade dos juízes federais no

⁴⁹⁹ Neste último, um escore baixo significa que o indivíduo solto não precisa se apresentar periodicamente para acompanhamento, um escore médio obriga-o a comparecer mensalmente e um escore alto torna esta frequência semanal. HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 82-83.

momento de aplicação da pena.⁵⁰⁰ O Manual em questão, que no plano jurisdicional fez a supervalorização da vida pregressa do condenado, foi projetado por uma Comissão constituída após a aprovação da “*Sentencing Reform Act*” pelo Congresso em 1984. Seu objetivo, sintetizado em uma “*Sentencing Table*”, era reduzir as disparidades ao padronizar o “*quantum*” da pena das sentenças condenatórias, que segundo estudos variavam demais, mesmo entre Cortes federais. Essa brutal redução do processo decisório a critérios objetivos foi justificada pela melhor das intenções: seria uma maneira *eficiente* de impedir que preconceitos de classe social, raça, idade, escolaridade etc. aumentassem a pena, o que era bastante comum, apesar de ilegal. O que se tem, na verdade, é uma forma de controlar politicamente a atividade dos juízes.⁵⁰¹ Oficialmente instituído no final de 1987 e boas intenções à parte, fato é que este guia prático para dosimetria coincide com a decadência do sistema de pena indeterminada que se dá a partir da década de 70.⁵⁰² Por isso, embora formalmente afiliado ao “*just deserts*”, a “*Sentencing Reform Act*” atendeu também ao “*truth sentencing*”, retirando boa parte do poder dos órgãos administrativos responsáveis pela Execução Penal – especialmente das “*Parole Boards*” – e transformando em regra penas mais longas contra *reincidentes*.⁵⁰³ Tanto que, depois da gravidade do delito, são os antecedentes criminais o principal critério para definição da extensão do castigo.

Seguindo o exemplo do governo federal – apesar de iniciativas anteriores em Minnesota e Pensilvânia na década de 70 – a maior parte das jurisdições estaduais aderiu à parametrização das sentenças para restringir a discricionariedade judicial. O processo, em muitos casos, não foi espontâneo, mas induzido pelo Poder Executivo, como demonstra o fato de que em 1994 o

⁵⁰⁰ Em tradução livre, respectivamente “*Manual de Parâmetros da Comissão de Sentenciamento dos Estados Unidos*”, “*Lei de Reforma do Sentenciamento*” e “*Tabela de Sentenciamento*”. Para ver a “*Sentencing Table*” e conhecer o método pela qual ela estabelece a quantidade de pena (em meses) para cada fato, <http://www.crimdefend.com/files/federal-guidelines.pdf>

⁵⁰¹ Na metáfora de CHRISTIE, isso significa retirar da *Têmis* a balança, deixando-lhe apenas a espada; o cálculo da pena é feito antes, entregue pela classe política aos juízes, na forma de uma tabela. Vide CHRISTIE, Nils. *Crime Control as Industry*, p. 153-169.

⁵⁰² CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 164.

⁵⁰³ Ironicamente, sua fonte de inspiração não foi outra que o tabelamento de critérios desenvolvidos precisamente para auxiliar as “*Parole Boards*” na primeira metade do século XX. Vide HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 92-94.

Congresso dos Estados Unidos condicionou o repasse de bilhões de dólares aos estados à prévia standardização das sentenças criminais, eliminação do “*parole*” e obrigação de cumprimento de 85% (oitenta e cinco por cento) da pena pelos condenados sem qualquer forma de benefício, afetando profundamente a autonomia legislativa e jurisdicional em matéria penal. O sucesso dessa primeira intervenção mediante estímulo financeiro encorajou novas tentativas e as atuais limitações impostas via pressão orçamentária incluem definição de mínimo legal, reconhecimento obrigatório de certas agravantes – por exemplo, uso de armas em crimes violentos ou tráfico de drogas – e adoção de leis específicas contra *reincidentes*.⁵⁰⁴

Entre os estados que, por vontade própria ou pressão federal aderiram à parametrização, estão Minnesota, Pensilvânia e Oregon, onde desde 1985 o *prognóstico* de *alto risco* de ações violentas que representem contínua ameaça à sociedade constitui o principal critério legal na decisão sobre a conveniência da pena capital.⁵⁰⁵ Em Washington não é diferente. Lá o controle dos magistrados no momento de aplicar a pena é feito pelo “SSOSA” ou “*Special Sex Offender Sentencing Alternative*”, que fez parte do mais amplo “*Sentencing Reform Act*” (“SRA”), promulgado em 1981. Na contramão da proposta *incapacitante*, o “SRA” definiu “*guidelines*” para promover exclusivamente a retribuição do crime em termos proporcionais, independentemente das funções preventivas atribuídas à pena. Os especialistas em crimes sexuais, contudo, lograram interferir nesse parâmetro e abriram um espaço para *prevenção especial positiva*, permitindo que os juízes autorizassem a oferta de tratamento para os *delinquentes sexuais* (a) primários em crimes dessa natureza e (b) sujeitos a pena cominada inferior a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de prisão, desde que (c) não estivessem respondendo ao processo por estupro mediante violência. À luz destes pressupostos objetivos, o “SSOSA” poderia ser aplicado para mais de 80% (oitenta por cento) dos acusados por crimes sexuais, evitando o encarceramento em termos estritamente retributivos. Entretanto, como constatou o relatório oficial encomendado pelo

⁵⁰⁴ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 93.

⁵⁰⁵ STEADMAN, Henry J. **How well can we predict violence for adults?**, p. 5-6.

Legislativo local, apenas a metade dos potenciais beneficiários lograva receber uma sentença pelo “SSOSA”, sendo aqui evidente a interferência de elementos subjetivos dos magistrados, que preferiam sobre todos os demais os indivíduos aqueles (a) que admitiram a própria responsabilidade, (b) brancos, (c) com educação superior, (d) defendidos por advogados particulares e (e) casados à época dos fatos. Sob este informe, a recomendação era retirar dos juízes o poder de decidir sobre a aplicação do “SSOSA”, autorizando que mais pessoas fossem beneficiadas pelo programa, que parecia mesmo reduzir o *risco* de *reincidência* entre *delinquentes sexuais* não *perigosos* e sem antecedentes.⁵⁰⁶

Objeto de uma revolução silenciosa, todos os setores da Justiça Penal são invadidos pelo *gerencialismo eficiente*. Para a nova geração dos “*managers*”, a estrutura da justiça criminal é simplesmente insustentável em seus moldes tradicionais, por ser excessivamente anacrônica, lenta, cara e até mesmo burlesca – com seus formalismos, adágios latinos, togas etc. Os rituais são, então, substituídos, provocando uma enorme perda de *capital simbólico*, especialmente para a vítima. A própria estética dos tribunais não é mais a mesma, adotando um padrão quase comercial: computadores, mesas funcionais e cores pastéis são um ambiente mais adequado para processos e assinaturas digitais. Os gargalos da justiça são desobstruídos, e uma assessoria administrativa é capaz de deixar tudo pronto para que o juiz determine a pena com o apertar de um botão; logo, não será preciso mais juiz.⁵⁰⁷

A possibilidade de expulsar de vez os juristas das estratégias de controle social é mais palpável do que se imagina. A iniciativa privada tem oferecido cada vez mais pacotes completos para operacionalizar a gestão da *criminalidade*, de começo a fim, com rapidez e a baixo custo. Embora a maioria dos *prognósticos de risco* ainda seja comercializada em papel – o que parece atender à insaciável demanda burocrática do Estado por arquivos e pastas – a oferta em formato digital é cada vez mais comum. Um dos melhores representantes dessa nova geração de *softwares* para aferição do *risco* individual é o badalado

⁵⁰⁶ BERLINER, Lucy *et al.* **The Special Sex Offender Sentencing Alternative**, p. 1-17.

⁵⁰⁷ Embora com um pouco menos de entusiasmo, Inglaterra e País de Gales seguem a esteira americana na uniformização das sentenças. Ver CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 171-175.

“*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*”, cujo nome – à semelhança do que acontece em outros casos – deve ter sido sugestão dos responsáveis pelo “*marketing*” para que suas iniciais formassem a sigla “*COMPAS*” e, assim, remeter à palavra *compasso* em inglês (“*compass*”), de modo a vincular o novo produto às qualidades do milenar mecanismo que todos sabem ser preciso, confiável, apto a dar respostas imediatas, simples de usar e fácil de entender. No contexto da metáfora que o próprio “*COMPAS*” institui, isso se traduz na capacidade de orientar o sistema de justiça criminal independentemente da direção política que lhe é dado. Plataforma virtual, que não exige memória física de *hardware*, o “*COMPAS*” pode ser atualizado periodicamente *online* e seu grande diferencial é sua capacidade de adaptação. De acordo com a necessidade do comprador, o “*COMPAS*” ajusta seus 19 (dezenove) *fatores de risco* às estatísticas de diferentes grupos sociais e é capaz até mesmo de coordenar o tempo necessário para avaliação de acordo com diferentes propósitos, sendo os três originais estimar o *risco* individual de (a) comportamento violento, (b) praticar novos crimes ou (c) obstruir o andamento processual. A “*Northpointe Institute for Public Management, Inc.*”, empresa privada que desenvolveu o produto, conta com duas equipes técnicas para suporte: a divisão de pesquisa – formada por cinco professores com PhD – e a de tecnologia. Juntas, seriam capazes de adequar o sistema a qualquer situação sem perda da capacidade prognóstica. O sistema oferece, então, uma solução integrada, capaz de produzir relatórios padronizados e esboçar o planejamento para gestão de todos os aspectos da vida do criminoso, esteja ele respondendo ao processo, preso ou vigiado à distância.⁵⁰⁸

Trata-se de um produto inovador, que não implica na entrega de um bem material e requer a contratação de uma atividade *terciária*. Seu valor é relativo e tanto maior quanto mais for utilizado, porque as informações ali inseridas e mantidas vão se tornando indispensáveis à medida que o tempo passa. O “*COMPAS*” expressa, portanto, em sua tecnologia uma síntese dos atributos que

⁵⁰⁸ Revisado em 2007 e oficialmente em 2009, sua capacidade prognóstica é semelhante aos principais modelos à venda no mercado. Mais informações – inclusive com um interessante *tour* virtual – no site <http://www.northpointeinc.com>

legitimam a *Política Criminal Atuarial*. Confirmada sua capacidade de operacionalizar a *gestão eficiente da criminalidade*, por que o Estado deveria se preocupar em justificar a repressão em termos jurídicos e criminológicos? O sistema de justiça criminal poderia, enfim, atuar exclusivamente a partir de uma *racionalidade sistêmica*, sem a ruidosa e inconveniente interferência dos limites normativos do Estado Democrático de Direito ou da coerência científica.

III. Crítica: rumo à *Criminologia do fim da história*?

A conveniência do uso da *lógica atuarial* para orientar o sistema de justiça criminal é extremamente sedutora. É o meio pelo qual o *gerencialismo* esvazia a complexidade das teorias criminológicas e, ao abrir mão da ingloria missão de encontrar as *raízes do crime*, concentra-se exclusivamente na *gestão* de uma realidade que, *normalizada*, não pode ser resolvida, mas apenas controlada. Não é de estranhar, portanto, que aos olhos de muitos o projeto de *Política Criminal Atuarial* represente um notável progresso, capaz de otimizar as estratégias de prevenção do crime em sociedades complexas e reduzir, simultaneamente, os índices de *criminalidade* e os custos operacionais da *criminalização*, com a vantagem adicional de minimizar o drama da Execução Penal, que recairia – em tese, merecidamente – sobre poucos. A queda nas taxas de violência seria uma consequência natural do esforço concentrado na repressão de membros de grupos *estatisticamente* identificados como de *alto risco* e/ou *perigosos*, com sentenciamento estendido e calculado sob medida para evitar a *reincidência*, mantendo os *incorrigíveis* fora do convívio social.⁵⁰⁹ Já a redução dos custos decorreria da simplificação dos procedimentos e maximização dos recursos institucionais existentes, dispensando-se a contratação de mais pessoal ou qualificação dos existentes, sobretudo no que se refere aos caros e lentos burocratas. Com o tempo, o direcionamento da atividade punitiva pelo *gerencialismo* promoveria a crescente especialização dos agentes públicos, evitando a dispersão de esforços, favorecendo a obtenção de resultados e, em última análise, permitindo até mesmo a contração do contingente. De quebra, as

⁵⁰⁹ HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 2 e 21-22. Alguns partidários da Política Criminal Atuarial também defendem que a repressão aos *grupos de risco* forçaria seus membros à conclusão de que a possível utilidade do crime não compensaria o risco de sua prática. Uma aposta, como se vê, não só na função de *prevenção especial negativa* – via *neutralização* dos sujeitos condenados – mas também na *prevenção geral negativa* da pena – mediante intimidação dos criminosos potenciais. Com o tempo, o encarceramento prolongado dos selecionados e o efeito da certeza da punição sobre os soltos aproximaria os índices de *criminalidade* destes grupos aos níveis da sociedade, em geral. Afirmação cuja validade depende da aceitação de duas premissas; primeiro, que a decisão pelo comportamento criminoso é resultado de uma escolha racional sobre a utilidade do crime e, segundo, que a certeza da punição é a melhor forma de prevenção da *criminalidade* – ratificando-se a conhecida prescrição contra a impunidade. Por todos, vide BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, especialmente capítulos 19 e 27.

limitações à discricionariedade da polícia na abordagem de suspeitos e da subjetividade de promotores e juízes na definição das penas facilitaria a passagem pelos filtros da *criminalização secundária* e garantiria estabilidade sistêmica, na forma de segurança jurídica. Por fim, na execução das penas, a desistência da proposta ressocializadora expulsaria os caros técnicos da ortopedia moral das penitenciárias e facilitaria a disposição da estrutura interna, agora limitada à mera contingência dos presos, devidamente acomodados em celas individuais, com o mínimo de contato entre si e com o mundo exterior, para evitar conflitos na estrutura interna.⁵¹⁰

No contexto de uma sociedade anunciada como de complexidade sem precedentes, o apelo destes argumentos em favor da *Política Criminal Atuarial* não pode ser negligenciado, porque embalam o sonho de consumo da maioria dos administradores públicos formados em torno da ideia de *gestão do risco*. Logo, o uso da *lógica atuarial* como critério reitor dos *processos de criminalização* nos Estados Unidos é uma realidade que precisa ser analisada, diante da possível – ou já em curso – expansão do modelo para outros cenários jurídicos. Uma preocupação especialmente relevante na América Latina, onde as políticas públicas de segurança ainda são reféns das novidades, não raro revestidas por *slogans* oportunistas que ocultam o mais pedestre utilitarismo.

Considerando, ainda, a péssima estrutura de proteção aos condenados no Brasil, bem representada pela precariedade das Varas de Execução Penal – quando existentes – é perfeitamente compreensível o impulso de adotar o *cálculo atuarial* aplicado como padrão de *racionalidade* na *gestão* do sistema de justiça criminal – sobretudo na aplicação e execução das penas privativas de liberdade. Diante de pilhas e pilhas de processos, a *simplificação* vinculada ao uso de *prognósticos de risco* para fundamentar decisões, somada à ideia de *certeza* que oferece para desonerar a responsabilidade individual dos juízes sobre a vida dos réus, parece mesmo irresistível. E considerando que há uma relativa abertura normativa na lei penal brasileira, a autorizar o uso de *instrumentos atuariais*, tal

⁵¹⁰ HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 23-27.

ameaça não pode ser simplesmente desconsiderada e justifica uma análise crítica mais cuidadosa.⁵¹¹

Neste sentido, estrutura-se nos tópicos a seguir a análise crítica da proposta de *Política Criminal Atuarial*, primeiro à luz dos princípios fundamentais que realizam o Estado Democrático de Direito e, em seguida, dos próprios títulos de legitimidade da proposta. Por fim, busca-se identificar a adequação de sentido entre sua formulação e aplicação e o desenvolvimento das relações de produção, como antecipado.

3.1. Contradições ético-normativas: a desumanização de um sistema desumano

Retornar à tragédia *orwelliana* talvez seja uma boa maneira de tentar entender a impotência e o desespero do ser humano diante dos insensíveis *instrumentos atuariais* que o próprio homem constrói para decidir seu destino. A impessoalidade inerente ao uso de *prognósticos de risco* e a relação abstrata com a *questão criminal* que instaura são brutais formas de esvaziamento do conteúdo ético nas relações humanas em função de um interesse utilitário. De fato, contra a instrumentalização estatística do sistema punitivo e mecanização da violência, o sujeito tem pouca capacidade de resistência. Resta-lhe apenas buscar socorro, de uma forma um tanto quixotesca, nos direitos inerentes à cidadania.⁵¹²

Assim, não é difícil perceber o conflito que se estabelece entre a proposta de orientação do sistema de justiça criminal a partir de *instrumentos atuariais* e os princípios e regras que regulam o exercício da competência punitiva estatal, os

⁵¹¹ Sobre esta abertura, contudo, não se avança, porque o trabalho não é apologético do uso de *instrumentos atuariais* no sistema de justiça criminal, mas crítico. Não parece adequado, assim, sugerir os possíveis pontos de acesso a essa *racionalidade* no já excessivamente poroso ordenamento jurídico brasileiro, cujos espaços são ainda mais dilatados por conta de uma enraizada incompetência técnica entre os *burocratas*, raras e elogiosas exceções à parte, e uma progressiva irresponsabilidade hermenêutica que relativiza garantias individuais para implementar trogloditas políticas públicas de segurança. Em todo caso, bastaria nada mais do que consultar os códigos Penal e Processual Penal e, especialmente, a Lei de Execução Penal para perceber rapidamente tais permissividades semânticas.

⁵¹² “*Proles*” é a designação do proletariado na mais conhecida novela de George ORWELL. Ainda no limite da analogia sugerida, tornar evidente as contradições da *Política Criminal Atuarial* com o Direito pode parecer – e, de certa forma, é mesmo – uma forma bastante ingênua de resistência, semelhante à tentada por Winston. Mesmo assim, necessária. Novela em ORWELL, George. **1984**, p. 1-310.

quais foram transformadas em dogmas pela teoria jurídica porque traduzem conquistas históricas da humanidade, servindo de obstáculo contra a plena realização da *racionalidade instrumental* do Estado. Expressam, em síntese, um conteúdo *ético* manifestamente oposto à *razão cínico-gerencial*, democratizando a *seletividade* do sistema de justiça criminal, na medida do possível.⁵¹³

Nesta toada, no que se refere ao conflito com os princípios fundamentais que expressam o legado próprio da *Escola Clássica* de Direito Penal,⁵¹⁴ a incompatibilidade da *Política Criminal Atuarial* começa com o *princípio da legalidade*, definido como o mais importante instrumento de proteção individual no Estado Democrático de Direito. Com origem nas Constituições liberais do fim do século XVIII, o *princípio da legalidade* incide sobre todo o processo de atribuição de responsabilidade penal – isto é, da definição de condutas antijurídicas até a natureza e extensão das respostas oficiais por sua violação⁵¹⁵ – e foi mais bem sintetizado sob a fórmula latina “*nullum crimen nulla poena sine*

⁵¹³ Por *razão cínico-gerencial* quer-se descrever aquela que justifica uma ordem ética – e, reflexivamente, normativa – fundada na aceitação da morte, do assassinato ou do suicídio coletivo. Em oposição, na tentativa de desenvolver a fundamentação de uma ética material de conteúdo universal, Enrique DUSSEL defende que a superação de certos dogmas do sistema civilizatório legado pela Modernidade – inclusive o da *razão cínico-gerencial* na administração de questões públicas – supõe a libertação de diversos tipos de vítimas oprimidas e/ou excluídas por este sistema, formulando a partir da periferia – onde se encontram suas contradições explícitas – as possibilidades de emancipação. É neste sentido que a Ética da Libertação que propõe se define como transmoderna – já que os pós-modernos são ainda eurocêntricos. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.21-77. Percebe-se então como é contraditório remeter à defesa dos direitos humanos a própria violação dos direitos humanos, o que é absurdamente frequente entre a classe política e os agentes do sistema de justiça criminal.

⁵¹⁴ O uso da palavra *escola* para definir um grupo de autores pressupõe o compartilhamento de premissas teóricas ou ideológicas, designando assim um conjunto “frouxo” de pensadores que, por certo, não sustentam posições rigorosamente contraditórias. A chamada *Escola de Frankfurt* constitui um bom exemplo, na medida em que supõe poder descrever autores com posições tão distintas sobre o mesmo tema quanto Erich FROMM e Herbert MARCUSE. No caso da *Escola Clássica*, a variedade dos autores pode ser comprovada pela distância ideológica entre aqueles que pertencem à mesma denominação. Basta comparar, por exemplo, o ponto de partida de Jean-Paul MARAT – homem de origem humilde que parte sua análise da práxis revolucionária – com o de Cesare BONESANA, o marquês de Beccaria – dileitante membro da aristocracia que jamais ultrapassou o umbral do reformismo.

⁵¹⁵ No sentido de incluir não só crimes e penas, mas medidas de segurança, contravenções, atos infracionais e medidas sócio-educativas e até mesmo ilícitos administrativos censurados com alguma forma de restrição da liberdade individual, conforme BARATTA, Alessandro. **Tiene Futuro la Criminologia Crítica?**, p. 142.

lege”, atribuída ao fundador do Direito Penal científico na Alemanha, Paul Johann Anselm von FEUERBACH.⁵¹⁶

Seu significado político – expresso nas derivações *lex praevia, scripta, stricta* e *certa* – pode ser assim resumido. Em primeiro lugar (*lei prévia*) o princípio proíbe a retroatividade da lei penal para criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, sendo esse seu principal fundamento, que incide tanto sobre a norma de conduta quanto sobre a sanção penal; a exceção é representada pelo princípio da lei penal mais benigna, que sempre retroage para favorecer o acusado ou condenado.⁵¹⁷ Em segundo (*lei escrita*), proíbe o costume como fonte da lei penal para fundamentar ou agravar crimes e penas; aqui a exceção é representada pela possibilidade excluir ou reduzir a pena ou descriminalizar um fato diante da perda de eficácia da lei por força do desenvolvimento da vida social. Em terceiro (*lei estrita*), proíbe a analogia *in malam partem* como método de criminalização ou punição de condutas; todavia, se por um lado é absolutamente proibida a analogia prejudicial ao réu (*prappter legem* e *contra legem*), por outro a analogia *in bonam partem* (*intra legem*) é permitida sem restrições. Finalmente (*lei certa*), proíbe a indeterminação de tipos legais, excluindo situações típicas ou sanções penais indefinidas ou obscuras, que favorecem interpretações judiciais idiossincráticas e impedem ou dificultam o conhecimento da proibição e o resultado de sua violação.⁵¹⁸ Como se vê, a proposta *gerencialista* de criminalização vai de encontro ao *princípio da legalidade* em praticamente todas as suas dimensões, como se demonstra, pela ordem.

Em relação à exigência de *lei prévia*, a possibilidade de utilizar *instrumentos atuariais* para agravar a pena aplicada ou seu modo de execução é

⁵¹⁶ Síntese sobre a importância de Paul Johann A. von FEUERBACH para o direito penal alemão e a história do princípio da legalidade em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p. 89-93, §3º, n. 22-31 e p. 142, §5º, n. 12-14. Com ênfase na diacronia histórica do princípio na legislação brasileira, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 201-203. Por seu caráter didático, relacionando-o ao princípio da intervenção mínima, vide MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**, p. 96-93.

⁵¹⁷ Esse é o sentido explícito de sua previsão legal no Brasil, desde a Constituição, no artigo 5º, incisos XXXIX e XL. O Código Penal praticamente repete o dispositivo, mas enfatiza a exceção da retroatividade da lei penal mais benigna, em seus artigos 1º e 2º.

⁵¹⁸ Melhor síntese em português sobre o princípio da legalidade, quase integralmente exposta no texto, em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 19-24.

incompatível com a necessária definição *a priori* de todas as consequências possíveis referentes à prática de um crime: decidir como e por quanto tempo punir alguém depois do fato é absolutamente inadmissível à luz da garantia constitucional. Entretanto, se previsto o uso da *lógica atuarial* nos *processos de criminalização* antes do fato esta proibição é facilmente ultrapassada, desde que a lei especifique com precisão os *fatores de risco* utilizados, bem como a extensão de sua influência, proibindo-se a inclusão de novas variáveis ou seu redimensionamento pós-fato – via *fatores de risco dinâmicos* – para agravar ou prorrogar a pena. Vale notar, contudo, que nada impede que, mesmo sem qualquer previsão, mecanismos atuariais possam hoje mesmo reduzir a pena imposta ou atenuar as condições de sua execução, como aconteceu em alguns poucos episódios históricos, pois como garantia individual contra o Estado o *princípio da legalidade* só proíbe a *retroatividade* dos elementos que prejudicam o réu, nunca do que os favorecem.

Já no tocante à exigência de *lei escrita*, o uso dos *prognósticos de risco* é problemático porque estabelece critérios de justiça aplicáveis aos cidadãos em base à regularidade *estatística* de características físicas e sociais associadas à *criminalidade*, o que é muito próximo da definição jurídica de *usos e costumes*, sabidamente incapazes de habilitar o poder punitivo. Assim, ao *racionalizar* crimes e penas em base a critérios não-normativos, mas socialmente desvelados, os instrumentos de aferição do *risco* excedem os limites daquilo que é fixado no uso delegado do soberano poder popular, recorrendo a uma (proibida) fonte *não-escrita*.⁵¹⁹ Novamente, entretanto, frise-se que a referência à *estatística* é plenamente válida, em qualquer cenário, se para retirar legitimidade do poder punitivo, independentemente de previsão.

No que se refere à *lei estrita*, entretanto, não parece haver uma contradição explícita. Poder-se-ia pensar, não obstante, considerando o problema da aplicação de critérios *analógicos* em base a *estatísticas* criminais para definição da punibilidade individual. Isso porque, de agir nos termos da *lógica*

⁵¹⁹ Comparar com ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 204.

atuarial, a reação penal contra o *criminoso* deve ser definida tendo em vista o *grupo de risco* ao qual ele pertence. Neste sentido, se o *perfil de risco* do réu significa prejuízo concreto no *processo de criminalização* (penas mais longas, regime de execução mais severo, rejeição de benefícios etc.), caracterizada está a utilização de *analogia a maiori ad minus*, proibida para produzir efeitos *in malam partem* pelo *princípio da legalidade*, em qualquer hipótese.⁵²⁰

Por fim, para encerrar a análise do alcance do conflito entre as iniciativas *tecnocráticas* e o *princípio da legalidade*, o maior problema parece estar mesmo na dimensão de *lei certa*, porque as consequências possíveis da prática de um fato punível não só devem estar previstas antes de sua realização concreta – conforme a exigência de *lei prévia* – mas de forma clara e inequívoca. Tradicionalmente, esta exigência se cumpre nos casos em que a norma penal – tanto na descrição da situação típica quanto da consequência penal – é integrada por *significantes* com alta densidade semântica, isto é, que permitam imediata remissão a *significados* fortes e assim, por seu poder *denotativo*, sejam mais resistentes à inevitável *tentação hermenêutica* de seus intérpretes para fins de ampliar o alcance das hipóteses incriminadoras. A grande questão está no fato de que, na maioria dos casos, o uso de *instrumentos atuariais* define uma nova modalidade de *lei penal em branco*, que não relativiza o conteúdo da proibição, mas a extensão de seus efeitos.⁵²¹ Ao remeter aos *atuários* e suas invenções o poder concreto de orientar os *processos de criminalização*, tornam-se incertos aos olhos do cidadão comum – e mesmo dos juristas – os parâmetros que orientam a punibilidade individual, o que é inadmissível diante do discurso das funções declaradas da pena, que supõe a lei penal como ponto de referência

⁵²⁰ Mesmo assim, a contradição não é explícita ou clara o suficiente. Comparar com as definições em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 63-64 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 204-2006.

⁵²¹ A *lei penal em branco* é norma penal com consequência penal determinada e situação típica indeterminada, normalmente na dimensão de seu objeto, que só é complementado por outro ato legislativo ou normativo, sendo expressão típica da moderna *administrativização* do Direito Penal, como bem pontua CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 50-51. Além do conflito com a exigência de *lei certa*, a *lei penal em branco* sempre foi lesiva ao *princípio da legalidade* formal, na medida em que autoriza burocratas que não foram eleitos democraticamente definir as hipóteses de *criminalização primária*, como melhor explicam ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 204-2006.

fundamental das ações individuais.⁵²² Afinal, todos tem o direito de saber, exatamente, a quais sanções estão sujeitos se condenados pela prática de uma ação típica; logo, exceto na redefinição do *ser social* como *ser de risco social*, o uso da complexa *teoria das probabilidades* para definir o gradiente da censura oficial é simplesmente proibido, porque os critérios sociais mais gerais de justiça não podem ser reféns da opinião particular dos especialistas, capazes de instaurar mais uma ditadura das boas intenções.

Mas o antagonismo da *Política Criminal* com os fundamentos do Direito Penal moderno não se restringe à *legalidade*, estendendo-se também em relação aos princípios da *lesividade*, da *proporcionalidade* e da *humanidade das penas*, para citar apenas três entre os mais importantes.

Quanto ao primeiro – o *princípio da lesividade* – sua violação pelo uso de *instrumentos atuariais* no sistema de justiça criminal ocorre em todos os casos nos quais características e ações protegidas pelas liberdades constitucionais são consideradas como *fatores de risco* para justificar agravamento de reação penal. Pois do ponto de vista *qualitativo*, o *princípio da lesividade* proíbe a *criminalização primária e secundária* em função do exercício de direitos fundamentais que justificam a própria existência do Estado Democrático de Direito.⁵²³ Neste sentido, a violação à proibição de justificar ou agravar penas e outras medidas de controle social se caracteriza em todos os *instrumentos atuariais* que computam como *fatores de risco* (a) sexo, raça ou etnia do

⁵²² Supõe-se, assim, que frequentemente o sujeito age conforme a norma após cálculo da utilidade social desvantajoso da ação criminosa. Oportuno salientar que os princípios clássicos do Direito Penal foram essencialmente construídos nos limites da ideologia liberal-burguesa, tendo por premissa, portanto, a liberdade individual como fundamento da responsabilidade penal pelas próprias ações. Assim, as penas são inicialmente pensadas como contramotivação em face do crime, o que por sua vez supõe a reflexão pessoal do indivíduo antes da decisão pela conduta incriminada. Evidentemente, na medida em que constitui um modelo ideal, é uma grosseira vulgarização do complexo processo que decisão individual, sobre o qual as ciências da subjetividade podem apenas especular. Sobre a Escola Liberal Clássica do Direito Penal ver BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, p. 29-32.

⁵²³ Exceto, por óbvio, nas hipóteses em que o exercício de um direito fundamental implica a violação do direito fundamental alheio. Os *direitos humanos* – ressignificados como *bens jurídicos* – cumprem assim uma dupla função; primeiro, negativa, de limitar a intervenção penal; segundo, positiva, de definir o objeto possível, mas não necessário, de tutela por meio do Direito Penal, sendo este um pressuposto de um “Direito Penal da Constituição”, ou *Direito Penal mínimo*, na definição de BARATTA, Alessandro. **Principios del Derecho Penal Mínimo**, p.299. Em outras palavras, as liberdades constitucionais que fundamentam os Estados Democráticos de Direito devem ser objeto da maior garantia possível como *critérios* de criminalização e, em sentido inverso, de menor limitação como *objeto* de criminalização CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 26.

indivíduo – porque características pessoais protegidas *contra qualquer forma de discriminação*⁵²⁴ –, (b) sua confissão religiosa e convicções políticas – salvaguardadas pelo direito de *consciência, crença e convicção*⁵²⁵ –, (c) o uso de drogas lícitas e ilícitas – opção salvaguardada pelo *direito à autolesão da saúde e integridade física*⁵²⁶ – (d) estado civil, (e) natureza das relações familiares, (f) orientação sexual e (g) local de residência – que não interessam ao Estado, dado o direito à *intimidade e vida privada e livre locomoção*⁵²⁷ – e (h) a vocação para o trabalho – que jamais pode ser imposto, direta ou indiretamente, pois todos devem ter assegurado o direito à *preguiça*⁵²⁸ –, entre outros. Logo, na medida em que pertencem ao espaço de liberdade individual protegido de qualquer espécie de censura estatal, nenhuma destas características poderia servir de suporte para uma consequência penal ou uma pena mais grave do que a cominada em estritos termos normativos. A exceção, novamente, aconteceria apenas nos casos em que tais elementos possam fundamentar a absolvição ou redução da censura oficial, sobretudo quando sua constatação revela inconstitucional falta de compromisso do Estado com a promoção dos pressupostos inerentes à cidadania.⁵²⁹ Portanto, se por um lado a baixa renda não pode ser considerada *fator* de aumento de *risco* quando decorrer de uma opção individual – do *misanthropo* que decide por vontade própria viver como pobre *eremita*, por exemplo – por outro ela deve obrigatoriamente excluir ou reduzir a censura quando imposta ao indivíduo por ausência ou desigualdade na distribuição de *bens sociais positivos*.⁵³⁰ Mesma lógica que se repete quando o *fator de risco* em questão não é resultado de uma escolha, como bem ilustra a ponderação negativa da juventude em certos *prognósticos de risco*. Em síntese, à luz da proibição do *princípio da lesividade*,

⁵²⁴ Constituição da República, art. 3º, inciso IV e art. 5º, incisos I e XLII.

⁵²⁵ Constituição da República, art. 5º, incisos IV, VIII e IX.

⁵²⁶ Constituição da República, art. 5º, *caput*.

⁵²⁷ Constituição da República, art. 5º, incisos X e XV.

⁵²⁸ O *direito fundamental à preguiça* é corolário da liberdade para o trabalho, que não pode ser imposto a qualquer cidadão, livre ou preso, como se deduz da garantia inscrita na Constituição da República no art. 5º, inciso XIII. Incomum, a referência ao *direito à preguiça* remete ao mais célebre ensaio do genro de Karl MARX, escrito na prisão de Sainte-Pélagie no final do séc. XIX e manifestamente contrário à imposição do trabalho para fundar a disciplina da vida social e à associação entre utilidade e valor humano, vide LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**, p. 1-16.

⁵²⁹ Constituição da República, art. 1º, incisos II e III.

⁵³⁰ Constituição da República, art. 3º, inciso III e art. 6º.

pouquíssimos *factores* poderiam ser considerados constitucionais para fins de determinar ou prolongar a *incapacitação*, o que na maioria dos casos tornaria os *instrumentos actuariais* à disposição simplesmente impraticáveis, por falta de dados válidos.

A situação de incompatibilidade da *Política Criminal Actuarial* com os pilares do Direito Penal moderno se repete no tocante ao *princípio da proporcionalidade*, tanto na sua dimensão *abstrata* quanto *concreta*, a começar por aquela, que tem por objeto a *criminalização primária*. Aqui o problema é anterior e diz respeito diretamente à proposta de *incapacitação* que emerge na descrença nas funções declaradas da pena criminal – especialmente, do ideal ressocializador. Porque ao apostar todas as fichas na possibilidade real de *neutralização* do criminoso – mediante restrição indefinida ou perpétua da liberdade ambulatoria ou mesmo pena capital – a pura lógica da *prevenção especial negativa* simplesmente rejeita a necessidade de equivalência entre o crime praticado e a quantidade e espécie de pena a ser aplicada e executada. Neste sentido, o *bem jurídico* deixa de servir como critério da censura oficial, cuja cominação, aplicação e forma prevista de execução não guardam a menor proporção com o suposto dano social do crime.⁵³¹ Nada mais explícito como exemplo do que a fundamentação das penas a partir das leis “*Three strikes*” e do regime “*Supermax*” exclusivamente sobre o etéreo *risco* individual, mensurado que é de forma independente em relação ao fato imputado. Mas o problema vai além, porque mesmo nos casos em que os *prognósticos de risco* aproveitam dados sobre a natureza do crime praticado, o fazem com inversão de seu desvalor real, como revela Thomas GABOR ao alertar que o compromisso da *Política Criminal Actuarial* com a proteção patrimonial produz frequentes e insustentáveis contradições com o *princípio da proporcionalidade*, fixando padrões para dosimetria da pena incompatíveis com a hierarquia constitucional dos direitos

⁵³¹ Em absoluta oposição, portanto, a um Direito Penal compatível com o Estado Democrático de Direito, cuja principiologia básica inclui a necessidade de identidade entre crimes e desvalor social, sob pena de vulgarizar o uso da violência contra os cidadãos. BARATTA, Alessandro. **Principios del Derecho Penal Mínimo**, p. 299-333. Do mesmo autor, os motivos que condicionam a legitimidade do Direito Penal – tanto intra- quanto extra-sistêmica – a partir do bem jurídico estão expostos em BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal**, p. 57-88.

fundamentais, em evidente orientação classista⁵³² que em larga medida desmitifica a falsa pretensão de perseguição preferencial dos *criminosos perigosos* da *incapacitação seletiva*.⁵³³ Contradições que se repetem em relação à *proporcionalidade concreta*, isto é, à capacidade de equacionar os custos individuais e sociais da *criminalização secundária* por meio de critérios compensatórios,⁵³⁴ pois um dos objetivos explícitos da aplicação da *lógica atuarial* na atividade criminalizante é precisamente a redução da discricionariedade no sistema de justiça criminal, mediante progressiva *automação* da atividade de promotores e magistrados, os quais contam com uma “margem negocial” descriminalizante cada vez menor. À medida que cresce a influência do *gerencialismo* sobre a seletividade penal, cada vez menos espaço é concedido para que uma *racionalidade não-sistêmica e não-punitiva* decida pela interrupção da criminalização: o resultado da política de “mãos amarradas” dos operadores jurídicos – que não podem mais reduzir os efeitos pernósticos do sistema penal sobre critérios ético-normativos – produziu enorme aumento na relação custo/benefício do crime, cujos efeitos sentiram-se na própria base de legitimidade da proposta *atuarial*, sendo por isso analisados no capítulo seguinte.

Os problemas persistem no que se refere ao princípio da *humanidade das penas*, seguramente a mais banalizada garantia constitucional do Direito Penal brasileiro, que apesar de sua extensa previsão no ordenamento jurídico⁵³⁵ é insuficiente sequer para despertar a má consciência dos agentes do sistema de justiça criminal.⁵³⁶ Sob o argumento do *alto risco* ou *perigosidade* individual, as novas tecnologias para *incapacitação* cominam, aplicam e executam medidas de controle social notoriamente *desumanas*, inconciliáveis tanto com a disciplina nacional quanto internacional dos direitos humanos instituída desde o final da

⁵³² Como consta na tese apresentada à Universidade de Ohio em 1983, de GABOR, Thomas. **The Dangerous Criminal and Incapacitation Policies**, p. 393-410.

⁵³³ Na qual parece acreditar, por exemplo, SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Política Criminal y Persona**, p. 93-94.

⁵³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 29.

⁵³⁵ Constituição da República, art. 5º, incisos XLVII e XLIX, Código Penal, art. 38 e Lei de Execução Penal, artigos 3º e 40.

⁵³⁶ Basta consultar o Relatório oficial da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Sistema Carcerário brasileiro, publicada em 2009, especialmente no que se refere à descrição cotidiana da violação do direito dos presos. **CPI sistema carcerário**, p. 191-282.

Segunda Guerra Mundial.⁵³⁷ A face mais visível desse fenômeno é o cruel regime de execução solitária da pena realizado nas penitenciárias de segurança máxima pela disciplina do “ADX”, destinada aos indivíduos mais *perigosos*. No Brasil, a tentativa de cópia-carbono dessa perversa forma de *neutralização* de seres humanos por meio do isolamento celular resultou no execrável *regime disciplinar diferenciado* ou *RDD*, uma “pena dentro da pena” que permanece como afronta explícita à proibição constitucional instituída pelo *princípio da humanidade* e igualmente aplicável aos presos de *alto risco*.⁵³⁸

Não menos contrária ao *princípio da humanidade* é a faculdade que o sistema se atribui em nome da busca por *eficiência* para decidir pela prorrogação da pena por *instrumento atuarial* após o cumprimento da sentença. Afinal, a possibilidade de voltar ao meio social é consequência necessária da proibição da prisão perpétua, também prevista na legislação brasileira.⁵³⁹ Considera-se, assim, que a falta de certeza sobre o fim da pena esvazia qualquer esperança de reintegração social dos condenados – e não parece mesmo ser outro o propósito do *confinamento civil* reinventado para plena realização da *incapacitação seletiva*. Menos óbvio, também é o caso da manutenção perpétua no cadastro de *delinquentes sexuais* após o cumprimento do castigo judicial, uma cruel forma de estigmatização social que detona terrível perseguição popular e não só coloca em *risco* a vida dessas pessoas, mas materialmente impede qualquer possibilidade de regular vida futura em sociedade.

Inequívoca, a contradição da *Política Criminal Atuarial* com os princípios de Direito Penal se repete no Processo Penal. Aqui, a redução dos níveis de

⁵³⁷ Os princípios gerais para tratamento dos presos foi estabelecido já no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, que estabeleceu uma pauta mínima para a execução penal em qualquer um dos países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), como evidenciam os seus artigos 31 a 34.

⁵³⁸ O “*Regime Disciplinar Diferenciado*” foi incluído no artigo 52 da Lei de Execução Penal em 2003. Trata-se de uma forma de punição afim ao cruel e ultrapassado modelo do “*Separate System*” e que pode incidir sobre qualquer um, desde que enquadrado na frouxa definição de *alto risco* ou membro de quadrilha – o que não requer de amedrontados juízes mais do que um curto desvio retórico. Para uma leitura crítica vide, além de MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei n. 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal**, p. 286-292, as excelentes sínteses em PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal**, p. 342-345 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 31 e 486-487.

⁵³⁹ Código Penal, art. 33, §2º e Lei de Execução Penal, art. 1º.

legalidade nos processos de imputação evidencia uma aproximação às formas processuais pré-modernas, onde o processo não só cria a prova e o criminoso, mas constitui uma própria pena, realizando um modelo *totalitário* de controle social.⁵⁴⁰ De partida, porque evidentemente não há qualquer espaço para a *presunção de inocência* à sombra do programa de *Política Criminal Atuarial*, no qual o único elemento que se pode presumir para redução do *risco* é a *perigosidade*. Indubitável que todo *prognóstico de reincidência* é uma presunção desfavorável ao acusado, algo que simplesmente não poderia operar efeitos práticos em um sistema de justiça criminal que seja obrigado a tratar o *investigado* ou *acusado* como *inocente* até sentença condenatória definitiva e transitada em julgado. Substitui-se assim o democrático *in dubio pro reo* pelo autoritário *in dubio prognasio*.

De igual modo, entram em rota de colisão as propostas de combate eficiente da *criminalidade* com o princípio do *devido processo legal*, cuja tensão foi considerada essencial ao moderno Processo Penal. Para os defensores da *lógica atuarial* a essencialidade de tal disputa significava, por óbvio, a relativização da prevalência do *devido processo legal* diante da ameaça representada por *sujeitos perigosos*, erodindo o sistema de garantias processuais em nome da “necessidade” por *segurança pública*. Propondo dois modelos para imputação de crimes – um conforme o *devido processo legal*, para pessoas *normais* e outro em base instrumentos de aferição do *risco* individual para pessoas *perigosas* – alguns autores afirmam que à luz de certas ameaças contemporâneas a opção absoluta por qualquer um dos modelos é simples *fanatismo*.⁵⁴¹ É assim que, ironicamente, aqueles que não estão dispostos a relativizar o *devido processo legal* e insistem em defender de maneira intransigente os princípios constitucionais para todos os seres humanos – sem distinção – são sumariamente redefinidos no léxico do novo discurso punitivo como *irracionais*, o que convida imaginar a reação dos mais ilustres expoentes da *razão* iluminista sobre esta afirmação, se vivos estivessem. É neste sentido

⁵⁴⁰ BARATTA, Alessandro. **Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado da las Ciencias Penales, la Política Criminal y el Pacto Social**, p. 180.

⁵⁴¹ Vide MILLER, Stuart J., DINITZ, Simon e CONRAD, John P. **Careers of the Violent**, p. 6-10.

que não resta exceto um ato de resistência normativa contra a *marcha triunfal* do processo penal norte-americano, cujas “vantagens” na eliminação das *classes perigosas* tendem a produzir uma cegueira ideológica assustadora mesmo para quem opera no Judiciário brasileiro.⁵⁴²

Ainda, em termos de dissonância normativa, também é notória a incompatibilidade da *Política Criminal Atuarial* com o sistema de execução da pena nos Estados Democráticos de Direito, construídos ao redor da pretensão de *ressocialização* e respeito integral aos direitos humanos não atingidos pela sentença condenatória durante o cumprimento da pena.⁵⁴³ É assim que, à luz da declaração dos objetivos declarados da Lei de Execuções Penais de 1984, a plena realização da política pública de *neutralização* de indivíduos com *alto risco de reincidência* e/ou *perigosos* requerida pela *incapacitação seletiva* é rigorosamente ilegal. Obviedade, entretanto, que é esvaziada de seu potencial denunciativo das contradições do discurso oficial, especialmente porque a função de *prevenção especial negativa* para os *irrecuperáveis* está integrada às funções declaradas da pena desde o fim do século XIX.⁵⁴⁴

Diante de tantos e tão expressivos conflitos entre as pretensões do *gerencialismo* e o discurso jurídico-penal, pareceria ocioso continuar se o propósito fosse apenas demonstrar a existência de uma contradição radical entre ambos. Todavia, apesar de tudo o que já foi escrito, é preciso enfatizar que no plano ético-normativo nada é tão significativo como o choque direto da *Política Criminal Atuarial* com o *princípio da culpabilidade* que, entre outras atribuições, estabelece a diferença entre o *Direito Penal do Fato* e o *Direito Penal do Autor*, isto é, se o indivíduo deve ser punido por aquilo que *fez* ou por quem ele *é*, como se explica a seguir.⁵⁴⁵

⁵⁴² Como denuncia SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal?*, p.302.

⁵⁴³ Lei de Execução Penal, artigos 1º, 3º e 4º.

⁵⁴⁴ Sendo a maior referência aqui, por certo, o trabalho de 1882 que coloca, ao lado da “correção” e da “intimidação”, a função de “*neutralização*” da pena para proteção de bens jurídicos, conforme VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal*, p. 115.

⁵⁴⁵ Deste ponto em diante considera-se incluído aqui o *responsabilidade penal pessoal*, que limita a possibilidade de censura aos autores ou partícipes de tipo de injusto tentado ou consumado, objeto exclusivo da reprovação.

Por um lado, o *Direito Penal do Fato* prevê que o objeto da reprovação é o tipo legal não justificado, o qual pode ser censurado a um indivíduo que reúna os critérios mínimos para decidir ou não por sua realização, consoante a estrutura de imputação definida pela dogmática penal,⁵⁴⁶ sendo assim a própria expressão do *princípio da culpabilidade* como garantia e limite democrático contra a competência punitiva do Estado, que ao tratar todos de forma igual perante a lei exclui diferenças individuais para fundamentar ou agravar penas.⁵⁴⁷ Por outro, para o *Direito Penal do Autor* o delito é visto como sintoma de um defeito individual, sendo indício de um desvalor vinculado a uma característica pessoal; dissociado, portanto, da ação, o crime não só é o resultado do comportamento de indivíduos etiologicamente distintos, mas precisamente o que permite desvelá-

⁵⁴⁶ Contemporaneamente, de acordo com a moderna teoria do fato punível, o juízo de censura do tipo de injusto é racionalizado em estágios, conforme a estrutura do conceito analítico (normativo) de culpabilidade, na seguinte ordem. De partida, a possibilidade de censura pressupõe autor ou partícipe *imputável*, isto é, indivíduo com plenas condições de compreender o injusto: a demonstração de que o acusado possui desenvolvimento biopsicológico e social mínimo e normalidade psíquica suficiente como para compreender o caráter antijurídico do fato e orientar-se de acordo com essa compreensão é condição sem a qual não se pode avançar no exame da culpabilidade. Superada esta etapa, em um segundo momento deve-se demonstrar que o sujeito *imputável* efetivamente conhecia ou tinha possibilidade concreta de conhecer o injusto do fato: se neste estágio não se confirmarem as hipóteses de *erro de proibição inevitável* e *erro de tipo permissivo* será possível, enfim, avançar sobre o último elemento desta estrutura. Chega-se, enfim, ao exame da *exigibilidade de uma conduta conforme ao Direito*, definido a partir da *normalidade* da situação concreta, porque situações anormais podem reduzir ou excluir a possibilidade de censura oficial: aqui, em princípio, a natureza da ideia de *inexigibilidade* autorizaria o reconhecimento de situações de *exculpação* além de expressa previsão na lei penal, porque seu fundamento material transcende as limitações estritas do discurso jurídico. O chamado conceito normativo de culpabilidade, hoje amplamente adotado nos sistemas jurídicos latino-americanos, rejeita a concepção psicológica que avalia a culpabilidade pela relação subjetiva autor com o fato – uma consequência necessária do *querer* ou *assumir o risco* do resultado – identificando a responsabilidade exclusivamente em base a elementos subjetivos, como esclarece TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.145. Na concepção normativa, desenvolvida a partir do finalismo, dolo e consciência pertencem ao tipo de injusto e uma conduta culpável é aquela considerada “reprovável”: o objeto da reprovação não é mais a mera formação e manifestação de vontade contra bens jurídicos, no sentido proposto por WESSELS, Johannes e BEULKE, Werner. **Strafrecht**, p. 124-126, §10, I, 1-2, n. 393-400. Mas a redefinição de culpabilidade como reprovabilidade, todavia, segue sendo em última análise meramente formal, vez que não explica *porque* o sujeito é culpável, como alerta CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 273-278. Apesar da crítica, que parece correta, o mérito do conceito normativo de diferenciar a atribuição de culpa da relação subjetiva do indivíduo com o tipo justifica sua adoção pela maioria dos autores, conforme MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**, p.144. Face ao referencial teórico aqui proposto, o desenvolvimento da culpabilidade que parte do conceito normativo em busca de uma definição material não será objeto de reflexão, indicando-se ao interessado a síntese de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.798-812, §19, n.16-42.

⁵⁴⁷ A defesa do *Direito Penal do (F)ato*, entretanto, não ignora a crítica que revela sua feição legitimante, especialmente porque proposto de forma “pura” implica em deliberado “esquecimento” sobre a necessária seletividade do sistema de justiça criminal, corretamente denunciada pela Criminologia Crítica, como fazem ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 133-134. Comparar com MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**, p. 93-95.

los, ocultos que estão no meio social. Logo, é possível separar o desvalor da ação e do resultado da avaliação sobre a necessidade e utilidade da pena, porque seu objeto não é o tipo de injusto, mas a própria existência de sujeitos inferiores na dimensão moral ou biopsicofísica, ou seja, *criminosos* por vocação ou natureza.⁵⁴⁸

Para fins de crítica, não há maneira melhor de ilustrar o significado concreto do *Direito Penal do Autor* do que remeter ao regime jurídico-penal durante o governo do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães. Pois como esclarece a extraordinária revisão do trabalho intelectual de Edmund MEZGER consciente de seu compromisso ideológico, um dos traços distintivos do Direito Penal nazista foi exatamente o de permitir a execução de *medidas pós-delituais* – isto é, além da pena aplicada, um sofrimento independente da culpabilidade – aos sujeitos identificados como *perigosos*, o que inicialmente aconteceu por meio da *Lei do Delinquente Perigoso Habitual* aprovada em novembro de 1933 e introduzida no Código Penal alemão no ano seguinte,⁵⁴⁹ responsável por autorizar “*custódia de segurança*” (“*Sicherungsverwahrung*”) de duração indeterminada ou mesmo a morte de *reincidentes*, bem como esterilização e castração de *delinquentes sexuais*. Tudo feito, é claro, em nome da tão popular *segurança pública*, abraçada na Academia pela teoria que tornava a *condução da vida* – e não o tipo de injusto – o fiel da balança no juízo de

⁵⁴⁸ Apesar de não relacioná-lo diretamente ao *princípio da culpabilidade*, a distinção entre *Direito Penal do Fato* e *do Autor* é melhor explicada pelo clássico trabalho conjunto liderado por Eugenio Raúl ZAFFARONI, cuja recente edição brasileira conta com a ímpar colaboração crítica de Nilo BATISTA. Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 131-137.

⁵⁴⁹ Interessante notar, em todo caso, que a reforma penal que tomou lugar quase um ano após Hitler tornar-se chanceler (o que aconteceu em 30 de janeiro de 1933) seguia uma tradição manifesta da República de Weimar, cujos Projetos legislativos já autorizavam a superposição de penas e medidas neutralizantes para indivíduos *culpáveis* e *perigosos*, seguindo o “*Programa de Marburgo*” de VON LISZT. O alerta é importante para lembrar que frequentemente a estrutura normativa do Estado Democrático de Direito traz em seu seio elementos claramente autoritários. Sobre o tema a notável obra de MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**, p. 30-51.

censura.⁵⁵⁰ Registros históricos revelam que, sob este diploma legislativo, mais de 17.000 (dezessete mil) pessoas foram conduzidas a campos de concentração entre 1934 e 1944, nenhuma das quais saiu viva.

Esta foi, porém, somente a ponta do *iceberg*: à medida que o regime se consolidou, a dicotomia *amigo-inimigo*, tão cara ao Estado nacional-socialista, também serviu de fonte para buscar a legitimação formal da *Solução Final* (“*Endlösung*”) dos *estranhos à comunidade* (“*Gemeinschaftsfremde*”), como foram rotulados os *delinquentes habituais*, mendigos, *fracassados*, alcoólatras e indivíduos com vida sexual *imoral* (michês, prostitutas, homossexuais etc.), entre

⁵⁵⁰ Em alemão, “*Lebensführungsschuld*”. Na medida em que os *delinquentes habituais* manifestavam *atitude hostil ao direito* na prática dolosa ou imprudente de um tipo legal, a Lei tornava obrigatório o castigo de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão ao autor “*perigoso*” já condenado por duas vezes, sendo a mesma pena facultativa após a terceira condenação se sua “*perigosidade*” ainda não estivesse claramente delineada. A possibilidade de matar tais indivíduos foi introduzida por uma Lei de 4 de setembro de 1941, desde que necessário para “proteção da comunidade ou do povo” conforme critérios do regime jurídico nazista. Sobre as modificações nos critérios de imputação e justificação de aumento e mudança na função da pena em base à condição objetiva de “*delinquente habitual e perigoso*” e defesa dessa lógica mesmo após o fim da Segunda Guerra Mundial em MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, p. 193, 243, 251 303, 355, 360-361 e 392-402.

outras *ralés* no Projeto de Lei que é a mais acabada tradução do *Direito Penal do Autor*.⁵⁵¹

A pretensão desta iniciativa legislativa era a homologação normativa do poder punitivo subterrâneo em uma Política Criminal afim ao *higienismo* já em prática⁵⁵² – e que se servia dos avanços na *estatística* e da melhor tecnologia à disposição⁵⁵³ – para, primeiro, identificar os *inimigos internos* que, embora

⁵⁵¹ Como se vê, o grupo de *extranhos à comunidade* é do tamanho da discricionariedade dos agentes que irão identificá-los. A Exposição de Motivos do Projeto de Lei em questão fazia referência expressa, entre os *parasitas sociais*, às pessoas pouco dispostas ao trabalho ou sem ocupação fixa e aos estelionatários e ladrões de bagatela. Para tradução do texto em espanhol ver MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**, p. 198-200. Evidentemente, não foi só o regime jurídico nazista que adotou leis dessa natureza, sendo outro exemplo bastante ilustrativo a Lei espanhola de *Vagabundos e Meliantes* de 1933 e sua sucessora, a Lei de *Perigosidade Social*, vigente até o Código Penal de 1995, conforme HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**, p. 286. Mas para não ficar apenas no argueiro do olho alheio e atentar para a própria trave, vale destacar que o Brasil também endossou em boa medida as teorias da inferioridade biológica e racial durante as últimas décadas do séc. XIX e primeiras do XX, não apenas no Código Penal de 1890, mas especialmente nas leis penais extravagantes da primeira República, remetendo-se aqui à leitura de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 440-459. Entre os teóricos nacionais que se destacaram na justificação das práticas higienistas, veja-se o trabalho de Nina RODRIGUES, que se recusava a uniformizar os critérios da culpabilidade sem ter em conta as diferenças entre as raças, considerando ser contrário à ciência supor “iguais perante o código os descendentes do europeu civilizado, os filhos das tribos selvagens da América do Sul, bem como os membros das hordas africanas, sujeitos à escravidão”. Vide RODRIGUES, Nina. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**, p. 71. E para uma ideia do prestígio do autor, vide Prefácio ao livro feito pelo “imortal” Afrânio PEIXOTO. A repercussão da corrente criminológica etiológico-individual europeia no ambiente acadêmico brasileiro no trânsito entre os séculos XIX e XX, sobretudo naquilo que se refere aos *perigos da mestiçagem*, pode ser redescoberta na obra de SCWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**, p. 141-188. Para notícias atuais sobre a tentativa retomada das práticas de inocuidade contra *delinquentes sexuais*, vide o Projeto de Lei 552 de 2007 do Senado Brasileiro, no qual o congressista Gerson Camata propõe a *castração química* de *pedófilos*, indivíduos por ele descritos como incorrigíveis, porque deformados em sua “formação psíquica” – o que afirma por sua própria autoridade, sem sequer recorrer aos vários criminólogos positivistas do séc. XIX e inúmeros ideólogos nazistas que prontamente endossariam tais opiniões. Por fim, não deixa de ser irônico notar que o próprio Adolf Hitler poderia ter sido alvo do programa higienista que endossou, tendo em vista que durante seus primeiros anos de vida adulta, ainda em Viena, foi obrigado a conviver com mendigos e buscar socorro nas políticas públicas de auxílio aos indigentes. Sobre este período, ver KERSHAW, Ian. **Hitler**, p. 64-66.

⁵⁵² A política pública de eugenia (ou higiene racial) para *erradicação da degeneração biológica e cultural* do povo alemão estava dirigida fundamentalmente contra três grupos de vítimas: os indivíduos de “menor valor” racial (“*Minderwertige*”), tais como judeus e eslavos, por exemplo, os que “não mereciam a vida” porque portadores de enfermidades mentais graves (“*Lebensunwertige*”) e, finalmente, os “extranhos à comunidade” (“*Gemeinschaftsfremde*”) já mencionados. Mais em MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**, p. 252-260.

⁵⁵³ O processo para sistemática eliminação dos *inimigos internos* levou, inclusive, ao desenvolvimento de novas tecnologias. A *engenharia da morte* foi operacionalizada por diversas empresas, que apesar de terem lucrado fortunas com a destruição da vida humana, existem até hoje com o mesmo nome sem prestar contas de sua participação no genocídio. Embora inúmeras empresas alemãs possam ser citadas, melhor ilustra a falta de ética do Capital a colaboração direta da empresa americana IBM para catalogar os judeus na Europa mediante cartões perfurados “*Hollerith*”, o que foi feito diretamente ou por meio de sua subsidiária alemã, a “*Deutsche Hollerith Maschinen Gesellschaft*” ou “*Dehomag*”. E isso, para que não reste dúvida, com consciência do destino certo ou provável das pessoas catalogadas, como demonstra BLACK, Edwin. **IBM and the Holocaust**, p. 1-16 e 137-268.

arianos, eram socialmente indesejáveis e prejudiciais à *comunidade do povo alemão*, seja por falhas psíquicas, físicas ou ideológicas e, em seguida, eliminar estas pessoas *desajustadas e inaptas* (“*Taugenichtse*”) ou *de menor valor* pelos canais oficiais, cuja gestão cabia à autoridade administrativa e sem interferências do Judiciário, como convém ao *Estado de Polícia*.⁵⁵⁴ Por certo, dentre o grupo de *antissociais* mencionados os *delinquentes habituais* – *por tendência* (“*Hangverbrecher*”), *profissionais* ou, pior, *de estado* – constituíam um subgrupo especialmente *perigoso*, clientes preferenciais dos excessos extra-penais da *inocuidade*, primeiro mediante *vigilância*, depois *detenção* e, por fim, *extermínio*. Tudo isso independentemente da prática de um (novo) delito, instituindo-se no centro do arquipélago punitivo uma híbrida *pena de segurança* (“*Sicherungsstrafe*”), que não sendo pena ou medida de segurança em sentido estrito fugia aos limites das garantias judiciais, orientando-se por mera conveniência política.⁵⁵⁵

Evidentemente, expressos como modelos ideais e apesar dos esforços dos nazistas, nem o *Direito Penal do Fato* nem *do Autor* existem de forma pura, apresentando-se em diferentes níveis de combinação na história das sociedades ocidentais conforme o grau de democracia material existente, expressando-se nos *sistemas pluralistas* que fazem transigir *culpabilidade e perigosidade*.⁵⁵⁶ Por isso, se por um lado é certo sustentar que hoje a maior parte dos sistemas jurídico-penais privilegia amplamente o *Direito Penal do Fato*, por outro é igualmente correto afirmar que o *Direito Penal do Autor* nunca será inteiramente abandonado, sendo sempre resgatado como *farsa* – sobretudo em momentos de *crise* – dada a necessidade da etiologia individual na fundamentação da repressão. Uma ameaça constante ao Estado Democrático de Direito, que retorna

⁵⁵⁴ Especialmente para a “SS” ou “*Schutzstaffel*” em alemão, que pode ser traduzido como *tropa de proteção*, grupo formado pelos soldados que melhor atendiam às exigências estéticas e ideológicas do Partido Nazista e sob comando de Heinrich Himmler. Inicialmente uma subdivisão paramilitar, acabou assumindo diversas atribuições governamentais, por exemplo, gerenciando os campos de concentração e extermínio. Sobre a definição do *Estado de Polícia antimoderno* que caracteriza o regime nazista, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 603-609.

⁵⁵⁵ As referências foram retiradas de MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**, p. 64-192, 202-227, 252-284 e 350-391.

⁵⁵⁶ Novamente, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 136-137.

veladamente sob a forma de novos projetos de controle social, como tão bem exemplifica o funcionalista “*Direito Penal do Inimigo*” (“*Feindstrafrecht*”) de Günther JAKOBS, a autorizar a relativização de todos os princípios de proteção individual quando se trate de *neutralizar* os *inimigos* da ordem jurídica,⁵⁵⁷ indivíduos *perigosos* definidos pelo professor alemão como *não-pessoas* (“*Unpersonen*”),⁵⁵⁸ indignas de se “beneficiarem” das garantias democráticas inerentes aos processos de imputação de responsabilidade penal no Estado Democrático de Direito, legitimando uma nova cruzada contra os marginalizados

⁵⁵⁷ O fundamento filosófico e político inicial do *Direito Penal do Inimigo* proposto por Günther JAKOBS remete às teorias contratualistas do Estado de ROUSSEAU e FICHTE, segundo as quais aqueles que cometem crimes estão imediatamente excluídos dos direitos assegurados pelo pacto social, porque seus atos vão de encontro ao próprio sentido da proteção estatal. Entretanto, julgando ser excessivamente abstrata e radical esta perspectiva, atenua seu ponto de vista para considerar – agora em referência a HOBBS – que a perda (possível) do “status” de *cidadão* não acontece para todos os criminosos, mas apenas para aqueles que cometem delitos definidos como de *alta traição*, ou seja, condutas absolutamente incompatíveis com o sistema de poder dominante (o que, em verdade, não o salva da inconsistência da definição inicial). Na tentativa de complementar esta perspectiva – agora na companhia de KANT –, JAKOBS apela para o sentimento de insegurança que seria provocado por pessoas ou povos que vivem à margem do discurso jurídico oficial – opondo-se ao “modo de vida comum” – como justificativa para exigir que (a) se submetam ao ordenamento ou (b) se retirem da vida em comunidade. Em resumo, os marginalizados sociais devem ser confinados, expulsos ou eliminados. Na síntese dos dois últimos pensadores, o penalista alemão conclui no sentido de que criminosos “*persistentes*” – isto é, aqueles que são *delinquentes* “*por princípio*” – devem perder o *status* de pessoa perante o Direito, porque colocam em risco o “sentimento de segurança” de todos os cidadãos, suposto amálgama de toda vida social conforme a ideologia de JAKOBS. O *Direito Penal do Inimigo*, portanto, se desenvolve em torno da distinção dicotômica entre *cidadãos* – definidos como pessoas racionais adequadamente socializadas – e *inimigos* – descritos como indivíduos de *personalidade perigosa*. Por um lado, o *cidadão* é titular de direitos e deveres constitucionalmente garantidos e por isso face às pretensões punitivas do Estado lhe socorrem todas as normas de proteção individual do Estado Democrático de Direito. Por outro, o *inimigo* é destituído de plena proteção legal e por isso estes direitos são válidos apenas na medida em que não dificultam a eliminação do *perigo* que sua existência simboliza para a vida em sociedade. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo*, p. 25-51 e 228-229.

⁵⁵⁸ O caráter hostil do *inimigo* não oferece “garantia cognitiva” de um comportamento futuro conforme a norma e isso os torna, nas palavras do autor, simples “fontes” ou “focos de perigo” – “*não-pessoas*” – que devem ser eliminados, até porque não haveria sentido castigar estes “autores por convicção” para reafirmar a validade de uma norma – vez que a rejeitam “por princípio” – sendo o objetivo da punição apenas *neutralizá-los*: as técnicas de neutralização, entretanto, são deixadas ao arbítrio do poder, aparentemente por conveniência, embora o autor se esforce em diferenciá-las das penas, referindo-se ao ato de violência estatal detonado a partir da perigosidade individual de “custódia de segurança”. Vide JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 54-58. Os *inimigos* são, nesta perspectiva, *infieis* ao ordenamento jurídico: deles não se espera, ao contrário do *cidadão*, “fidelidade normativa”. O apelo religioso dessa aproximação também fica evidentes quando JAKOBS define o *inimigo* como aquele que se comporta permanentemente como um “*diabo*” – supondo assim o paraíso sistêmico das expectativas normativas de comportamento. Vide JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 36-37, 43-46 e 68 e JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*, p. 34.

sociais.⁵⁵⁹ Como se vê, o *Direito Penal do Inimigo* também autoriza tratamento normativo desigual em prejuízo ao acusado conforme seu *perfil de risco*,⁵⁶⁰ reformulando em novos tons o mesmíssimo *Direito Penal do Autor* que justificou a merecida má fama de certos penalistas neokantianos no início do século XX.

⁵⁵⁹ A proposta de JAKOBS depende, como um todo, da existência convincente de uma ameaça capaz de colocar em risco o Estado Democrático de Direito, a ponto de exigir a exceção de seus fundamentos básicos como condição de sua preservação; e o autor vai identificar esse elemento imprescindível para legitimar suas teorizações na recente “ameaça terrorista”, cuja realidade poderia ser comprovada pelo ataque ao “World Trade Center” em 11 de setembro de 2001. Fato que aparece no texto de forma bastante ingênua, para dizer o mínimo, como se pode comprovar no texto. Vítimas do fantasma do terrorismo e das demais fontes de insegurança da vida moderna, as sociedades contemporâneas são então definidas como *zonas de risco* aptas a requerer de cada um de seus membros um compromisso pessoal com a ordem normativa, do qual é preciso dar contínuas mostras: poucos deslizes são tolerados no contexto de uma “guerra ao terror”. Em última análise, é pelo argumento da guerra que se legitima toda a violência institucional proibida pelo Estado Democrático de Direito – convertido em “Estado de Guerra”. Não por outro motivo, em um dado momento o autor foi obrigado a descrever o *Direito Penal do Inimigo* como tentativa de “regulamentação da guerra” pelo Direito Penal e Processual Penal, referindo-se a uma situação ambígua descrita como “guerra contida”. JAKOBS, Günther. **Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo**, p. 40-47. Fato é que JAKOBS demonstra genuíno interesse nesta dificuldade de viabilizar a paradoxal supressão de elementos do ordenamento jurídico de forma “juridicamente ordenada”, ou seja, do desafio de suspender o ordenamento em certos casos sem destruí-lo como um todo. Mas se por um lado insiste na necessidade de “delimitação” do *Direito Penal do Inimigo* (especialmente para evitar que se misture do Direito Penal do Cidadão), por outro é absolutamente incapaz de oferecer uma resposta consistente: embora o autor defina que existem limites para a reação do Direito Penal contra o *inimigo*, deslocará a possibilidade de definir esse limite para um cálculo sobre a necessidade de violar este ou aquele direito do acusado em cada caso. Mas se cabe ao próprio Estado definir quais ações são necessárias – isto é, se cabe ao algoz definir o que lhe é permitido para vingar-se – a limitação proposta é risível, e não pode ser considerada uma resposta. JAKOBS, Günther. **Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo**, p. 41, 46 e 64.

⁵⁶⁰ O método proposto para identificar os inimigos consiste em observar os autores de certos tipos legais que, por seu critério de criminalização, seriam capazes de revelar a existência de *personalidades perigosas*. Entre estes tipos, são exemplos os crimes sexuais e contra a ordem econômica, a comercialização de entorpecentes, a prática de atos terroristas ou aqueles realizados por meio de organizações criminosas. Todavia, o perigo da realização material de qualquer um destes crimes tornaria necessária a antecipação da tutela penal contra estes sujeitos, adotando-se estratégias preventivas que ignoram a *presunção de inocência* como única forma de evitar mal futuro e certo. Não por outro motivo, os crimes próprios do *inimigo* estão frequentemente previsto como tipos de “perigo abstrato”. Logo, bastaria “planejar” um destes delitos para “voluntariamente” renunciar à personalidade jurídica, autorizando o Estado a ignorar os direitos fundamentais – descritos no texto como “benefícios” – para garantir a “segurança pública” sem maiores objeções. Somam-se à esta ampla antecipação da punibilidade o aumento das penas cominadas e a supressão de diversas garantias processuais contra o acusado-*inimigo*. JAKOBS, Günther. **Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo**, 39-42 e JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**, p. 44-45. Neste ponto é impossível não perceber a contradição essencial à proposta de JAKOBS; se o *inimigo* é aquele que mostra disposição recalcitrante em violar a ordem jurídica, assim o fazendo por repetidas manifestações de conduta, como poderia ser legítimo antecipar a tutela penal quando ainda não existem manifestações concretas de condutas contrárias a um bem jurídico protegido? Isso evidencia – caso ainda se precise de evidência – que o *inimigo* não é definido conforme seu comportamento, de forma objetiva, mas subjetivamente, sendo identificado por estereótipos e idiosincrasias que disparam *metarregras* punitivas, o que é próprio de um *Direito Penal do Autor*: não se pune o indivíduo pelo que fez – até porque, em muitos destes casos, sequer haveria tentativa punível – mas pelo que é. Assim, o *Direito Penal do Inimigo* depende de meras hipóteses, projeções, prognoses, expectativas de comportamento futuro: vive deslocado no tempo; não é deste mundo, apesar do que sustenta o autor.

Nada mais, enfim, do que uma empolada e reacionária retórica jurídica para uma “pós-moderna” *liberação da barbárie*.⁵⁶¹

Não há qualquer dificuldade, portanto, em perceber que os desdobramentos jurídicos da *Política Criminal Atuarial* restauram uma nova e explícita versão do *Direito Penal do Autor*, inteiramente incompatível com o *princípio da culpabilidade* e os pilares normativos da República brasileira, estruturados sobre a valorização da cidadania e dignidade humana.⁵⁶²

Afinal, a instrumentalização estatística da *incapacitação seletiva* sob a *retórica do risco* só tem um propósito, que é identificar e *incapacitar* pelo maior tempo possível os indivíduos de *alto risco* e/ou *perigosos*, assim identificados por condições do *ser* que não pressupõem *fazer* alguma coisa, tais como *idade*, *sexo*, *raça*, *classe social* e, principalmente, a existência de *antecedentes*, em regra sob a execrável designação genérica de *reincidência*, um *fator de risco* comum a todos os *instrumentos atuariais*. *Reincidência*, diga-se de passagem, igual à utilizada pela Política Criminal nazista, que também se fiava na habitualidade do comportamento ilícito para legitimar a máxima desumanidade na escala preventiva, antecipando e prolongando o âmbito de atuação do sistema de justiça criminal.⁵⁶³ Outras e igualmente inconvenientes semelhanças entre o discurso jurídico que viabiliza a *Justiça Atuarial* e o Direito Penal nazista, aliás, oferecem-se para análise, sendo notável a confusão retórica e o uso comum da *estatística* para perseguição *eficiente* das *classes perigosas*, grupo que poderia muito bem ser constituído pela terceira geração daqueles mesmos moradores de rua, desempregados, sem-terra ou teto, dependentes químicos ou comerciantes de

⁵⁶¹ Para que não pareça exagerada a alcunha de “reacionária” aqui atribuída à teoria de JAKOBS recomenda-se a leitura do excerto no qual o autor exalta valores patrióticos, familiares e religiosos como porto-seguro das expectativas de comportamento em sociedades passadas, agora colocadas em risco pelo pluralismo cultural – transportado na bagagem imaterial e indesejada dos imigrantes – que aumenta o número de *inimigos* potenciais (!). A expressão *liberação da barbárie* é aqui utilizada no mesmo sentido proposto por Ian KERSCHAW, referido em MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**, p. 177-179. Em todo caso, para lembrar que essa barbárie não tem nada de “irracional”, vide BAUMAN, Zygmunt. **Modernity and the Holocaust**, p. 201-207.

⁵⁶² Constituição da República art. 1º, incisos II e III.

⁵⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p. 133. O indevido prolongamento da execução penal não é só uma violação da *culpabilidade*, mas também o princípio do “*non bis in idem*”, que proíbe que a mesma pessoa seja sancionada pelo mesmo fato mais de uma vez. Vide MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**, p. 108-111.

drogas ilícitas, *delinquentes sexuais* e *outras ralés*, ou seja, os *antissociais* e *marginalizados* que tanto ontem quanto hoje são identificados por um léxico depreciativo que conota sua coisificação e sumariamente responsabilizados por impedir ou dificultar uma convivência pacífica e bem organizada da “sociedade normal”.⁵⁶⁴

A preocupação parece justificada: apesar da relativa distância histórica, não é muito diferente o entusiasmo de certos autores na defesa desse novo projeto de *limpeza social*, que muito crédulos ou simplesmente oportunistas voluntariam-se para racionalizar esta missão. Longe de apenas constituírem um verniz de legitimidade formal, os argumentos que manipulam servem de critério operacional dos agentes do sistema de justiça criminal e são, por isso, igualmente responsáveis pela desumanidade que dela resulta. O mesmo se pode dizer em relação à reivindicação por autonomia desta nova e abjeta *arte punitiva*, que tem por fim imunizar os *processos de criminalização* do possível controle Judiciário – apesar de sua contumaz conviência neste âmbito – e da qual a *administrativização* da Execução Penal é um dos primeiros e mais fortes sintomas.

É assim que o *gerencialismo* promove hoje sem maiores constrangimentos a *neutralização eficiente dos reincidentes crônicos e perigosos*,⁵⁶⁵ a revelar uma indigesta proximidade entre as mais graves injustiças do passado e os

⁵⁶⁴ Os exemplos são inúmeros. Entre eles, encontramos *lixo social* (“*social junk*”), *tubarões da droga* (“*drug sharks*”), e, é claro, *parasitas* ou *predadores sociais e sexuais*. Na fundamentação do programa de *Tolerância Zero* também se fez bastante referência aos “*squeegee pests*”, como ficaram conhecidas as pessoas que lavavam os vidros dos carros nas ruas, normalmente sem autorização dos motoristas e depois cobrando ostensivamente pelo serviço. A eliminação dos “*squeegeemen*” é considerada o primeiro sucesso da nova orientação punitivista da polícia de Nova Iorque, depois reforçada pelo período em que William BRATTON esteve à frente do Comissariado. Atribui-se a seu antecessor, Raymond KELLY, o mérito de ter resolvido o problema em questão de semanas: surpreendidos no exercício da atividade considerada um ilícito menor, os “*squeegeemen*” recebiam uma notificação para comparecer e pagar uma multa ou prestar serviço comunitário como pena. Como a maioria falhava em comparecer, a “brilhante solução” foi prendê-los por isso – e não por constranger os motoristas – como explicam KELLING, George L. e COLES, Catherine M. **Fixing Broken Windows**, p. 141-143.

⁵⁶⁵ Lembrando que em casos de perfis *perigosos* a *Política Criminal Atuarial* entende que a *reincidência* é desnecessária para legitimar as medidas indeterminadas de privação de liberdade, de modo muito semelhante à lógica nazista, onde o crime era visto como uma *traição* (“*Verrat*”) à ordem jurídica que autorizava a pena para *eliminação* (“*Ausmerzung*”) dos elementos nocivos ao povo e à raça, ou seja, mesmo um pequeno delito autorizava “arrancar o mal pela raiz” quando fosse praticado por um membro daquelas classes indesejadas. “*Ausmerzung*” e “*Verrat*” estão aqui em óbvia referência ao título do mais conhecido livro de Jan TELP, no mesmo sentido que MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**, p. 109.

fundamentos das mais modernas técnicas de prevenção da *criminalidade*, especialmente quando alinhadas ao avanço de um funcionalismo comprometido com uma hipostasiada *guerra ao terror* e cuja maior expressão dogmática é, sem dúvida, o *Direito Penal do Inimigo*, a ressuscitar a velha e falsa dicotomia originária para instaurar grosseira permissividade de violação dos direitos humanos mais elementares em matéria de responsabilidade penal, como se de inconvenientes óbices à segurança pública se tratassem – e não garantias históricas conquistadas ao custo de muito sangue, suor e lágrimas.

Talvez não seja demais lembrar o significado concreto de diferenciar seres humanos em categorias distintas para legitimar práticas punitivas desiguais em nome de uma ordem jurídica que ignora as próprias contradições materiais para se justificar contra uma ameaça ideológica. É preciso ter em mente, como bem faz Nils CHRISTIE, que o grande perigo para a liberdade individual nas sociedades contemporâneas não é a quantidade de crimes que contabiliza, mas que em nome da luta contra a *criminalidade* a sociedade venha a sucumbir à tentação totalitária que se oferece como solução.⁵⁶⁶

Mais não precisa ser dito, porque a esta altura é evidente que uma proposta de plena *Política Criminal Atuarial* é simples e absolutamente incompatível com qualquer ordenamento jurídico fundado no respeito aos direitos fundamentais, especialmente com *Direito Penal da Constituição*, ou seja, o *Direito Penal mínimo*.⁵⁶⁷

Entretanto, não é possível encerrar a crítica ético-normativa à *Política Criminal Atuarial* sem destacar que os mais importantes promotores da *incapacitação seletiva* instrumentalizada pelo uso de prognósticos *atuariais* sempre estiveram conscientes da indissolubilidade de sua proposta no sistema penal do Estado Democrático de Direito. Nem por isso, recuaram, pois no campo da retórica, ninguém morre por falta de argumentos.

⁵⁶⁶ Ver CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 15-16. Em uma análise sociologicamente mais ampla, que será explorada adiante, vide a síntese de BAUMAN, Zygmunt. **Modernity and the Holocaust**, p. 201-207.

⁵⁶⁷ Como explica BARATTA, Alessandro. **Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado da las Ciencias Penales, la Política Criminal y el Pacto Social**, p. 188.

Tanto é que – provavelmente para tranquilizar e abastecer argumentativamente a classe política à qual se dirigia – Peter GREENWOOD dedicou a última parte de seu mais célebre manual em defesa do uso de *instrumentos atuariais* para *incapacitação seletiva* para refutar algumas destas objeções, notadamente insurgindo-se contra a acusação de que o uso de *prognósticos de risco* para dosimetria da pena era injusto, ao autorizar penas distintas para o mesmo crime conforme o abstrato *perfil de risco* do condenado, nos termos do *Direito Penal do Autor*.

Primeiro, alegou que a diferença no cálculo das penas é inerente ao sistema de justiça criminal independentemente do método utilizado, sendo preferível, portanto, privilegiar a neutralidade científica e os critérios matematicamente rigorosos dos *atuários* sobre os normativos ou idiossincráticos dos magistrados, por definição mais obscuros e menos suscetíveis de controle.⁵⁶⁸

Segundo, defendeu que a *margem de erro* dos *prognósticos de risco* individual – representada pelos chamados *falso-positivos* – era sempre estatisticamente menor do que a provocada pelas sentenças comuns, que por falta de parâmetros objetivos resultavam em *déficits* ou excessos punitivos com muito mais frequência; logo, ao contrário do que se afirmava, na medida em que os *instrumentos atuariais* fossem incorporados ao processo de fundamentação das decisões judiciais as disparidades entre as penas aplicadas para casos semelhantes seriam reduzidas, porque o foco se deslocaria das circunstâncias do

⁵⁶⁸ Outros teóricos também reduzem o âmbito de incidência da *lógica atuarial* no campo do sentenciamento à dosimetria da pena para escapar da polêmica direta com os *princípios da culpabilidade*. Assim, ninguém pode ser julgado culpado ou inocente sobre base estatística, mas não haveria porque impedir o uso destes dados para definir a quantidade de pena aplicável ao já condenado. Defende essa ideia, além de GREENWOOD e entre outros, MILLER, Marc. **Legal and Ethical Limits on the use of Predictions of Dangerousness in the Criminal Law**, p. 46-47. Contra esta alegação resta apenas o princípio da proporcionalidade, mas o argumento é certamente mais frágil. Bastaria lembrar as diversas circunstâncias na fixação da pena-base que se referem ao indivíduo e a superestimação da reincidência no ordenamento jurídico-penal brasileiro para perceber que frequentemente a proporcionalidade contradiz, sem maiores objeções, o *Direito Penal do Fato*. Que o risco de reincidência futura, portanto, seja integrado como elemento para definição ou dosimetria da pena, não é tão fácil de rechaçar como quando se propõe a substituir o próprio juízo de censura penal.

crime para o impessoal *perfil* do criminoso, evitando hipóteses de “dois pesos, duas medidas”.⁵⁶⁹

Terceiro, alegou que a possibilidade de o sistema criar situações *sem saída* (“*no escape*”) para sujeitos uma vez rotulados como de *alto risco* poderia ser corrigida mediante aprimoramento do modelo uma vez posto em prática ou mediante uso de critérios normativos auxiliares e, eventualmente, subjetivos, mas que de todas as formas a enorme capacidade preventiva da *Política Criminal Atuarial* justificava certa quantidade de *falso-positivos* – semelhantes às causalidades inevitáveis de uma guerra –, ainda que cada caso deste tipo fosse profundamente lamentado.⁵⁷⁰

Em conclusão, para o ex-diretor da “*RAND*” estava claro que deixar a aplicação da pena à mercê da subjetividade dos juízes era muito mais arriscado do que confiar em dados *estatísticos* respaldados pela pesquisa empírica. Como fazia questão de enfatizar, com certeza é mais fácil aprimorar *ferramentas* do que *pessoas*; em princípio, ao menos, difícil contestar que ajustar *erros* em um *instrumento atuarial* é mesmo mais simples do que convencer um juiz a abandonar seus preconceitos. Conter a *discricionariedade* dos agentes públicos significava, nesta ótica, equivale a diminuir a *arbitrariedade*.⁵⁷¹ Logo, a *incapacitação seletiva* não só aperfeiçoaria a máquina burocrática ao evitar a contaminação das decisões por fatores casuísticos – preconceitos, pressão institucional, corrupção, apelo popular e midiático etc. –, mas também aliviaria a

⁵⁶⁹ Nota-se aqui entre alguns *atuários* uma notável pretensão de bondade: Norval MORRIS, por exemplo, enaltece o potencial da *Justiça Atuarial* para distribuir as penas de uma forma muito mais racional e menos danosa à sociedade, especialmente quando comparada ao sistema fundado sobre a lógica retributiva. Isso porque mesmo em alguns casos em que a culpabilidade afirmasse a necessidade da pena para reprovação, a pouca probabilidade de reincidência revelaria a desnecessidade de pena. Ao rejeitar a capacidade de o sistema de justiça criminal controlar o crime, a questão é passa a ser qual posição causa menos dano e, neste intuito, sua aposta é em favor do uso de prognósticos. Essa é a observação de Norval MORRIS na mesa-redonda sobre o artigo de SINGER, Richard G. **Legal and Ethical Limits for Prediction**, p. 68.

⁵⁷⁰ O acerto na identificação do risco individual pelo método de sete fatores proposto por GREENWOOD era de 51% (cinquenta e um por cento), ao passo em as sentenças não ultrapassavam o patamar de 42% (quarenta e dois por cento). Além disso, os casos mais graves de *falso-positivos* e *falso-negativos* (baixo risco diagnosticado como alto e vice-versa) somavam 7% (sete por cento) com o uso da lógica atuarial e 12% (doze por cento) sem seu auxílio. Em todo caso, está implícito que o sistema tolera mais casos de *falso-positivos* do que *falso-negativos*. GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. 59-61.

⁵⁷¹ CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 213.

miséria da execução da pena ao reduzir o encarceramento desnecessário, conforme a plataforma do “*smart sentencing*”, sendo vantajosa para todos.⁵⁷²

Nestes termos, um dos principais expoentes do movimento em favor da *incapacitação seletiva* de criminosos de *alto risco* e *perigosos* desprezava a incompatibilidade de sua proposta com princípios fundamentais do Direito recorrendo em sua defesa ao *princípio da eficiência*, cânone da *racionalidade econômica* e principal critério de legitimidade das políticas públicas desde a década de 80, sendo em muitos casos juridicamente consagrada como diretriz fundamental de toda ação estatal.⁵⁷³ Confundia-se assim, deliberadamente, *justiça com eficiência*, no que se mudava somente a fonte da *arbitrariedade* do sistema, da norma e seus intérpretes para os *prognósticos de risco* e *atuários*.⁵⁷⁴

De qualquer forma, não havia dúvida entre os mais empolgados de que a *Política Criminal Atuarial* suportaria o conflito com o sistema liberal e democrático que corresponde à legalidade constitucional, desde que se estruturasse sobre a demanda por *eficiência*, pois ainda que válidas não repercutiriam objeções normativas contra um modelo de controle social que fosse mais eficaz, rápido e barato.

À luz destas considerações, vê-se que o real enfrentamento da proposta de orientação da *criminalização secundária* a partir da *lógica atuarial* passa menos por denunciar as suas óbvias e constrangedoras violações às garantias materiais e processuais estabelecidas na tradição do Direito Penal liberal, das Constituições ocidentais e Convenções Internacionais de Direitos Humanos ou mesmo suas

⁵⁷² GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**, p. 27-30 e 88-94.

⁵⁷³ A exemplo do caso brasileiro, que em 1998 a introduziu no artigo 37 da Constituição da República.

⁵⁷⁴ Isto, certamente prejudica o conceito tradicional de justiça e pode promover a revolta da população que não integra as comunidades preferencialmente reprimidas, especialmente na medida em que o eventual *desvalor social* dos crimes deixa de ser referência para criminalização. Um bom exemplo pode ilustrar esta distorção, que repercute nos efeitos *simbólicos* da *prevenção geral positiva*: se o sistema de justiça criminal efetivamente se concentrar apenas na *criminalização* de fatos e pessoas vinculados a índices seguros de *reincidência*, o *combate* ao comércio de drogas ilícitas é oficialmente muito mais importante do que a repressão ao homicídio doloso e estupro, que deveriam ser socialmente incorporados como fatalidades desmerecedoras de tutela penal, porque menos previsíveis, frequentes e muito mais onerosos em termos de instrução processual. Assim, banalizar-se-iam duas ações claramente antissociais em favor do aumento na punição de um fato que está no topo da lista que aguarda por descriminalização, o que certamente provocaria indignação da sociedade. Consoante este lógica e como ela determina direcionamento da incapacitação seletiva aos crimes patrimoniais, ver GABOR, Thomas. **The Dangerous Criminal and Incapacitation Policies**, p. 397-402.

semelhanças com o regime jurídico-penal nazista, e mais por desvelar suas falhas no interior da própria promessa que inaugura.

Em tese, ao menos, se desmentida a possibilidade de atender ao ideal de *eficiência*, o conflito jurídico *latente* voltaria a ser *explícito* e, por isso, a *Política Criminal Atuarial* se torna impraticável, porque inescusável.⁵⁷⁵ A isso se dedica o capítulo a seguir.

3.2. Contradições internas: a *ineficiência* dos instrumentos atuariais

Como visto, exceto na hipótese de radical retrocesso nos fundamentos do ordenamento jurídico das sociedades ocidentais contemporâneas fundados sobre a *cidadania* e a *dignidade humana*, não há dúvida de que a *Política Criminal Atuarial* é absolutamente carente de legitimação normativa.

Por essa razão, sua permanência dentro de ou junto a um sistema que a rejeita formalmente parece depender inteiramente de sua *eficiência* material, sem a qual não se justifica em termos práticos e – mais importante – econômicos. Afinal, foi graças a esse discurso *eficientista* que a *incapacitação seletiva* orientada pela *lógica atuarial* alcançou o *status* de fórmula ideal para *gestão diferencial* da *criminalidade* no contexto da *crise fiscal*.

Bem entendida, *eficiência* aqui significa manter baixos e estáveis os índices de *criminalidade* com o menor nível de investimento e violência, ou seja, ajustar as estratégias de controle social para reduzir simultaneamente a taxa oficial de *crimes* e os *custos financeiros* e *sociais* do empreendimento penal – sobretudo mediante diminuição da quantidade absoluta de presos.

Neste plano, em termos ideais, o *calcanhar de Aquiles* da *Política Criminal Atuarial* resume-se à inevitável *margem de erro* dos *prognósticos de risco*, encarnada em dois inconvenientes personagens: de um lado, os *falso-positivos*, isto é, as pessoas que são equivocadamente rotuladas como de *alto*

⁵⁷⁵ Em todo caso, a crítica do ponto de vista jurídico segue sendo imprescindível mesmo diante da demanda por *eficiência*, sob pena de rejeitar qualquer legitimidade do sistema normativo para contenção do poder punitivo. No mesmo sentido, BARATTA, Alessandro. **Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado da las Ciencias Penales, la Política Criminal y el Pacto Social**, p. 180.

risco ou *perigosas*, embora não representem nenhuma ameaça real à sociedade; de outro, os *falso-negativos*, como são chamadas os *reincidentes crônicos* e *violentos* erroneamente *perfilados* por *instrumentos atuariais* como de *baixo risco*. Ambos vão de encontro ao ideal de *eficiência* do sistema, por motivos diferentes. Estes, porque não só mantêm inalteradas as taxas de *criminalidade* como também elevam o custo político de legitimação, ao produzir a descrença na capacidade *preventiva* das agências oficiais de controle. Aqueles, por sua vez, aumentam todos os custos – monetários, políticos e sociais – inerentes à *criminalização* desnecessária, e que se tornam ainda maiores tendo em vista a cara preferência pela *incapacitação* mediante *confinamento*.

Todavia, como pareciam dispostos a acreditar praticamente todos os autores afins à tendência *gerencialista* até o início do séc. XX, o inevitável e gradual aperfeiçoamento dos *instrumentos atuariais* se encarregaria de reduzir esta *margem de erro* à insignificância, praticamente eliminando os casos de incorreta *estigmatização* ou *descriminalização* no médio prazo, preservando-se assim a imunidade da *Política Criminal Atuarial* contra a maior parte das objeções ético-normativas e econômicas que lhe eram dirigidas. A solução, enfim, ficava para depois; como é comum nesta área, novamente delegava-se o fardo do presente às futuras gerações.

A possibilidade de postergar a “questão dos *falsos*”, aliás, não gerava tantos problemas éticos quanto se poderia imaginar. Por um lado, os raros casos de *falso-negativos* eventualmente descobertos significavam apenas uma leve dor de cabeça para a classe política, que rapidamente se recuperava apelando para os analgésicos efeitos do *populismo*, especialmente úteis em época de disputa eleitoral. Por outro, a efetiva redução dos casos de *falso-positivos* a praticamente zero poderia ser sempre procrastinada, pois são poucas e um tanto afônicas as vozes que normalmente se insurgem em favor dos capturados na rede da *criminalização secundária*; em nome de uma sempre conservadora *ordem pública* e desde que não ultrapassado o limite – aparentemente, infinito – do

razoável, erros em prejuízo aos *criminosos* tendem a ser tolerados, ainda que “profundamente lastimados” pelos porta-vozes do poder público.⁵⁷⁶

A mesma tolerância, contudo, não se verificava em relação à promessa de redução dos custos financeiros, esta sim exigida de pronto. Demanda, vale notar, mais do que justificada, pois desde as primeiras experiências com o uso de *prognósticos de risco* nas “*Parole Boards*” foi seu suposto baixo orçamento operacional o grande motivo para legitimar a ampliação de seu uso, que se tornava ainda mais atraente quando comparado com o muito mais oneroso orçamento dos programas de ressocialização e erradicação da pobreza, principais estratégias da *Política Criminal* oficial do *Estado de Bem-estar Social*. Deste ponto de vista, se a *criminalidade* não pode ser eliminada, mas apenas controlada, a concentração da repressão penal a partir da *lógica atuarial* não é outra coisa que a única opção *racional* diante da impossibilidade de descobrir, processar, julgar e executar pena para todos os autores e partícipes de crimes. Eventualmente, era sobre a pura necessidade de redução dos gastos públicos que se legitimava esta *Política Criminal* assumidamente *seletiva*.⁵⁷⁷

Só que, neste ponto, a realidade foi o exato oposto da expectativa: o período que compreende a emergência da *Política Criminal Atuarial* é o mesmo que testemunhou a edificação do maior e mais dispendioso sistema penitenciário da história. Para uma ideia do aumento ao qual se está a referir, bastaria nada mais perceber que o enraizamento da *lógica atuarial* no sistema de justiça

⁵⁷⁶ De fato, quando descobertos – o que muito dificilmente acontece, porque depende de provas cabais – esses casos são sempre oficial, profunda e hipocritamente lamentados, como salienta STEADMAN, Henry J. **How well can we predict violence for adults?**, p. 12.

⁵⁷⁷ Importante notar que, para alguns autores especialmente desencantados com a capacidade explicativa das teorias criminológicas, a definição de um sistema de justiça criminal *eficiente* nem sempre incluía a redução dos índices de criminalidade. Contra eles, portanto, a evidência de que a *lógica atuarial* é ineficaz na prevenção do crime é menos relevante, porque seu objetivo declarado é simplesmente a redução dos custos operacionais na *gestão diferencial* da criminalidade, como explica HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 27.

criminal é paralelo ao fenômeno conhecido como *grande encarceramento*, que tem lugar nos Estados Unidos a partir do início da década de 80.⁵⁷⁸

Indispensável para um *diagnóstico da Criminologia do tempo presente*, as explicações para esse *grande salto atrás* são muito variadas e nada simples; destacam-se na literatura, entre outros, a retração dos programas de seguridade social, a radicalização das iniciativas de *Lei e Ordem* e o endurecimento na *guerra às drogas*.⁵⁷⁹ Novidades circunstanciais em termos de discursos e práticas à parte, os *alvos preferenciais* seguiram sendo os mesmos: constituindo apenas 13% (treze) da população norte-americana, os negros correspondem a praticamente metade do total de encarcerados.⁵⁸⁰ Tamanha desproporção na *seletividade* significa – de acordo com o relatório do “*Sentencing Project*” de 1999 – que 1 (um) em cada 14 (catorze) homens negros adultos já passou algum dia da sua vida preso e que a probabilidade de alguém nascido em 1991 ser submetido à prisão em um dado momento de sua vida é de 29% (vinte e nove por cento) para negros, contra 16% (dezesesseis por cento) para hispânicos e apenas 4% (quatro por cento) para brancos.⁵⁸¹ A diferença, na atual quadra histórica, é

⁵⁷⁸ No Brasil, a melhor referência sobre o tema está na série de artigos reunidos em BATISTA, Vera Malaguti e ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Conhecido como “*mass incarceration*”, o tema constitui objeto preferencial de análise dos criminólogos críticos contemporâneos, que lamentam o vertiginoso crescimento dos índices de reclusos ou sujeitos a formas alternativas de controle nas últimas três décadas ao mesmo tempo em que se esforçam para compreendê-lo em suas determinações materiais.

⁵⁷⁹ Sendo esse um dos pontos destacados por CHRISTIE, que revela um aumento em 331% (trezentos e trinta e um por cento) de sentenças condenatórias a pena de prisão nas cortes estaduais norte-americanas entre 1985 e 1995. Na Noruega, a média anual de 219 (duzentos e dezenove) anos de prisão aplicados para todos os casos envolvendo tráfico de drogas de 1979 já alcançava 1001 (mil e um) anos em 1997. Vide CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 69-74. Outro dado que ilustra bem o peso da *guerra às drogas no grande encarceramento* é o fato de que atualmente, 51% (cinquenta e um por cento) das pessoas que estão em penitenciárias federais nos Estados Unidos cumprem pena por tráfico de drogas, conforme GUERINO, Paul, HARRISON, Paige M. e SABOL. William J. **Prisoners in 2010**, p. 2. Afastando-se da perspectiva do tratamento, a ênfase nos exames para detectar uso de drogas entre beneficiados com “*probation*” e “*parole*” foi responsável por determinar o retorno de milhares de condenados às prisões, segundo FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 440.

⁵⁸⁰ Essas condenações também repercutem na distribuição desigual dos direitos inerentes à cidadania, pois uma condenação por “*felony*” já é suficiente para, em regra, retirar o direito a voto. É assim que, hoje, 13% (treze por cento) dos homens negros estão fora do processo eleitoral. Outros reflexos sociais são percebidos: a moda das calças largas e soltas, cujo uso expõe parte da roupa íntima, seria consequência do modo de vestir nas prisões, dada a proibição do uso de cintos – usados para agressão ou suicídio. Estatísticas e referência à importância do trabalho de MAUER em CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 94-97 e 108.

⁵⁸¹ Liderado por Marc MAUER, o “*Sentencing Project*” é uma organização que busca reduzir a disparidade nos critérios de justiça nos Estados Unidos, especialmente no que se refere ao racismo da *Política Criminal* ianque. Mais informações no *site* da organização: <http://www.sentencingproject.org/>

que o mesmo racismo que sempre constituiu um dos traços distintivos do sistema de justiça criminal estadunidense passa a integrar um mais amplo e oficial projeto de *incapacitação seletiva*, com consequências humanas devastadoras.

O absurdo deste fenômeno pode ser sinalizado pelo fato de que, já em 1983, autores do porte de Norval MORRIS e Alfred BLUMSTEIN declararam-se assustados com o aumento desenfreado da população carcerária, uma situação por eles descrita como insustentável e muito pior do que qualquer previsão acadêmica; e isso que na época estavam diante de “apenas” 650 (seiscentos e cinquenta) mil presos (!). Mal poderiam antecipar que, menos de duas décadas depois, a quantidade de reclusos simplesmente triplicaria: em 1999, quase 2 milhões de pessoas estavam presas em penitenciárias ou cadeias públicas, fazendo parte do total de 6,2 milhões de cidadãos americanos sujeitos alguma forma de controle penal oficial.⁵⁸² Não surpreende, neste sentido, que o cenário atual consiga ser ainda pior: até 31 de dezembro de 2010, os Estados Unidos contabilizavam 1.612.395 (um milhão seiscentos e doze mil trezentos e noventa e cinco) indivíduos cumprindo pena em penitenciárias estaduais ou federais⁵⁸³ e estimando-se outros 748.728 (setecentas e quarenta e oito mil setecentas e vinte e oito) em custódia cautelar.⁵⁸⁴ Somados àqueles que estão aguardando a execução da pena de morte,⁵⁸⁵ tem-se o total aproximado de 2.364.281 (dois milhões trezentos e sessenta e quatro mil duzentas e oitenta e um) seres humanos atrás

⁵⁸² O que corresponderia a praticamente 2,3% (dois vírgula três por cento) do total de habitantes e cerca de 8% (oito por cento) da população masculina entre 18 (dezoito) e 44 (quarenta e quatro) anos. Do total de pessoas sujeitas a medidas de natureza penal, 1.934.532 (um milhão novecentas e trinta e quatro mil quinhentas e trinta e duas) eram prisioneiras, 146.187 (cento e quarenta e seis mil cento e oitenta e sete) estavam sob supervisão e 4.107.584 (quatro milhões cento e sete mil quinhentas e oitenta e quatro) em “*probation*” ou “*parole*”. Para dar conta dessa quantidade de presos seria preciso construir 1242 (mil duzentos e quarenta e dois) presídios com capacidade para mil pessoas cada no prazo de dezesseis anos. Evidentemente, isso não foi possível e – esforços da iniciativa privada à parte – a *superlotação* foi consequência necessária. Dados e referência dos autores citados em CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 32-35 e 92-94.

⁵⁸³ GUERINO, Paul, HARRISON, Paige M. e SABOL, William J. **Prisoners in 2010**, p. 1-36.

⁵⁸⁴ Aqui a estimativa é muito menos segura, por motivos óbvios. Conferir dados oficiais em <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=tp&tid=12>

⁵⁸⁵ Precisamente 3.158 (três mil cento e cinquenta e oito) cidadãos. Interessante notar que o número de pessoas sentenciadas a pena de morte também sofreu um aumento exponencial a partir da década de 80, saltando de menos de 500 (quinhentas) para mais de 3000 (três mil) em apenas duas décadas, e mantendo-se nesse patamar desde então. O número de execuções, entretanto, não ultrapassou 100 (cem) por ano durante o mesmo período. Em síntese, condena-se mais à morte, mas executa-se menos a pena capital. Os dados estão em SNELL, Tracy L. **Capital Punishment, 2010**, p. 1-19.

das grades, isto é, mais de 600.000 (seiscentas mil) pessoas além do número de habitantes da cidade de Curitiba.⁵⁸⁶ Ainda, se incluídos na conta aqueles que estão sujeitos a outras formas de controle penal – especialmente “*probation*” e “*parole*” – chega-se à absurda cifra de mais de 7.000.000 (sete milhões) de americanos sob o poder do *Estado de Polícia*, mais de 2% (dois por cento) de sua população total.⁵⁸⁷

Por fim, para ajustar a noção em termos proporcionais, note-se que enquanto a população do país cresceu em 34% (trinta e quatro por cento) entre 1980 e 2008, a quantidade de presos no mesmo período aumentou 375% (trezentos e setenta e cinco por cento). Sem paralelo nas sociedades contemporâneas,⁵⁸⁸ o *grande encarceramento* estadunidense é refutação direta das aproximações sociológicas que previam o abandono das tradicionais formas de punição – especialmente a prisão – em direção a formas menos graves e restitutivas de controle social.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ Estimado, também em 2010, em 1.751.907 (um milhão setecentas e cinquenta e uma mil novecentas e sete) pessoas, conforme dados oficiais do IBGE que estão disponíveis para consulta em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Parana.pdf

⁵⁸⁷ Precisamente 7.252.181 (sete milhões duzentos e cinquenta e dois mil cento e oitenta e um), considerando os 4.887.900 (quatro milhões oitocentos e oitenta e sete mil e novecentos) sujeitos a medidas de controle fora de prisão. Dados sobre formas não prisionais de controle social nos Estados Unidos em 2010 em GLAZE, Lauren E. e BONCZAR, Thomas P. **Probation and Parole in the United States, 2010**, p. 1-50.

⁵⁸⁸ Com a única exceção da Rússia, onde também se leva adiante, ainda que em escala bem menor, um projeto de *grande encarceramento*, que resultou na restauração dos campos de trabalho e – como efeito colateral do enorme contingente humano doente e recluso em más condições – uma forma de tuberculose resistente a antibióticos que se espalha pelo país. Ao contrário dos EUA, a enorme taxa de presos lá é mais facilmente tributada ao fim das políticas de pleno emprego após a extinção da URSS, que legaram aos Estados do leste europeu problemas tipicamente ocidentais: o que fazer com toda a mão de obra disponível para a qual não há vagas de trabalho remunerado e que se constitui como “*classe perigosa*”? Além disso, segundo CHRISTIE, um dos fatores que colabora nesse processo de intensa prisionalização é o grande poder dado aos promotores públicos, herança da antiga estrutura burocrática soviética que favoreceria uma cultura punitivista. Objeto de intensa crítica internacional, a descrição da desumana condição de vida dos presos provisórios na Rússia parece copiar a tragédia brasileira neste campo. Mais detalhes, dados e reflexão em CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 67 e 79-90.

⁵⁸⁹ Por exemplo, RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**, p. 145-151. Mas o fenômeno foi mais sentido em relação às previsões dos teóricos críticos da década de 70. A introdução de penas alternativas e substitutivos penais, as iniciativas compensatórias, conciliatórias e restaurativas, a diversificação ampliação das formas de vigilância, enfim todas as novidades teóricas e tecnológicas não promoveram, ao contrário do previsto, a diminuição no número de encarcerados e a dissolução da penitenciária como instituição total. SCHEERER, Sebastian. **The delinquent as a fading category of knowledge**, p. 438. Pode-se dizer, em outro sentido, que o erro dos autores não foi acreditar na expansão de novas formas de vigilância extramuros – que realmente aconteceu – mas sim supor que elas iriam substituir a pena de prisão, quando na verdade elas são complementares e aumentam os níveis de controle.

Evidentemente, a *superlotação* que se queria evitar torna-se inevitável e a gigantesca estrutura destinada a confinar essa multidão é permanentemente desafiada, mesmo com enormes penitenciárias à disposição e outras tantas em construção.⁵⁹⁰ A situação representa – como não poderia ser diferente em uma economia de *livre mercado* – um convite ao oportunismo, não raro expresso em projetos delirantes: da aposta em *barcas-prisão* para contenção móvel e flutuante à construção de *megaprisões*, que comportariam até 20 mil presos em regime de “*warehousing*”, a especulação em busca do lucro vai longe.⁵⁹¹ Menos risível, este também é o caminho pelo qual a *privatização* do sistema penitenciário invade a cena pública mediante oferta de *serviços* especializados para sua manutenção, *terceirizando-se* a *gestão carcerária* e garantindo-se bons lucros às empresas privadas que fazem do *confinamento* seu *negócio*.⁵⁹²

Os custos monetários deste grande projeto encarcerador são assustadores: segundo estimativas conservadoras, oneram o tesouro público dos Estados Unidos em incríveis 68 (sessenta e oito) bilhões de dólares por ano.⁵⁹³ Mesmo assim, não há motivos à vista que autorizem supor a diminuição deste orçamento, especialmente face ao impacto positivo que a aposta na *incapacitação* em larga

⁵⁹⁰ Para ilustrar o atual problema de *superlotação carcerária* basta ver o relatório oficial de 31 de março de 2012, no qual se verifica que absolutamente todas as penitenciárias da Califórnia, inclusive as femininas, estão acima da sua capacidade nominal; em “*Mule Creek*”, por exemplo, o índice de ocupação é superior a 180% (cento e oitenta por cento) do previsto. O relatório completo em http://www.cdcr.ca.gov/Reports_Research/Offender_Information_Services_Branch/Monthly/Top1a/TP_OPIAd1203.PDF

⁵⁹¹ Sobre o fracasso das *barcas-prisão* e as condições de vida nas prisões superlotadas dos Estados Unidos – em todo caso muito melhores do que nas do Brasil – vide WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 214-221. Em outro sentido, nenhuma *megaprisão* foi construída e a maior penitenciária do sistema americano ainda é a “*Louisiana State Penitentiary*”, também conhecida como “*Angola*”. Entre suas principais atividades, destaque-se o “*Angola Rodeo*”, atração internacional na qual os condenados se expõem a situações de extremo risco diante de cavalos e touros. Ao ver vídeos do evento, disponíveis no *site* oficial, tem-se a clara impressão de que os detentos colocam suas vidas em perigo diante do olhar público para reconquistar alguma forma de estima social. Com pouca esperança de sair de lá, estes “*cowboys*” de ocasião parecem banalizar a possibilidade real de morte ou lesões graves, arriscando-se de forma completamente irracional. Informações em: <http://angolarodeo.com>.

⁵⁹² Um resumo e articulação da privatização dos presídios nos Estados Unidos com o caso brasileiro em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 466-470. Mais extenso e denunciando o processo de invasão da lógica privada dentro das penitenciárias por seus casos extremos – como a cobrança de aluguel pelas celas e serviços médicos prestados dentro da penitenciária – WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p.282-295. Em torno do colossal investimento público em segurança orbita toda uma indústria voltada para o setor carcerário, fronteira de negócios que absorve quase 4% (quatro por cento) da mão de obra nos Estados Unidos. Sobre o tema o melhor texto ainda é de CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 111-141.

⁵⁹³ Dados em RUIZ, Rebecca. **Eyes on the prize**, p. A3.

escala produz nas taxas de desemprego, ainda mais em períodos de recessão, mediante simultâneo incentivo à criação de vagas no setor público e privado e *confinamento* de trabalhadores sem ocupação.⁵⁹⁴

Neste ponto, no que diz respeito à *Política Criminal Atuarial* não é tão simples distinguir causa e efeito, ou seja, saber se foi o uso de *prognósticos de risco* no sistema de justiça criminal que determinou o aumento sem precedentes da população carcerária ou se a expansão do *gerencialismo* até o grau de legitimidade que alcança hoje se deu exatamente porque convocado para *racionalizar* o fenômeno face à iminente falência de todo critério normativo e iniciativa jurisdicional para tanto. De acordo com a fonte bibliográfica, a resposta oscilará entre os dois extremos; entretanto, parece ser impossível analisar esse processo sem separar, de uma parte, a proposta de *incapacitação seletiva* e, de outra, o efetivo uso de *instrumentos atuariais* na orientação dos *processos de criminalização*, lembrando-se que ambos são os pilares de sustentação da iniciativa global de *Política Criminal Atuarial*. Porque se por um lado é óbvio que qualquer proposta de *neutralização* das *classes perigosas* levada a sério significa a edificação de *Gulags ao estilo ocidental*,⁵⁹⁵ por outro só uma forma de *gestão* operacional baseada na mais impessoal técnica *estatística* parece ser capaz de administrar tamanho contingente de pessoas sem inviabilizar o sistema de justiça criminal e provocar reações de maior expressão e politicamente insustentáveis. Em síntese, sob a denominação geral de *Política Criminal Atuarial* – e ainda que ela não constitua, sozinha, uma *causa eficiente* – estão paradoxalmente reunidos começo, meio e fim do *grande encarceramento*. Fato é que a associação da *nova penologia* com as técnicas para *identificar, classificar e*

⁵⁹⁴ A desacreditada *hipótese da utilidade* proposta por Ivan JANKOVIC – segundo a qual a prisão serve para reduzir ou mascarar as taxas de desemprego – retorna durante o *grande encarceramento*. E isso não apenas porque agora a quantidade de presos é suficientemente alta como para influenciar os índices de desemprego, mas também porque a indústria do encarceramento assegura o trabalho de milhares de pessoas, não raro oriundas da mesma classe de onde proveem os confinados. Neste sentido, como destaca DE GIORGI, se a população carcerária fosse solta o desemprego aumentaria em torno de 2% (dois por cento), sendo de 7% (sete por cento) no caso do desemprego entre negros. Todavia, nem mesmo o processo de detenção em massa foi capaz de impedir o substancial aumento do desemprego nos Estados Unidos de 2008 em diante. Para definição e resultados negativos da primeira verificação da *hipótese da utilidade* em JANKOVIC, Ivan. **Labor Market and Imprisonment**, p. 328-329. Para avaliação recente do fenômeno, DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 51-54.

⁵⁹⁵ A constatação é de CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**, p. 15.

gerenciar grupos de risco não esvaziou sequer uma prisão nos Estados Unidos; pelo contrário, ocupou a geografia local com enormes depósitos humanos, com tremendo impacto no orçamento nacional.⁵⁹⁶

De qualquer modo, para os *gestores* e *atuários* que defendiam o sistema em termos econômicos, fazia-se necessária uma explicação satisfatória para a extrema contradição performática verificada. As tentativas de resposta, neste sentido, começavam por analisar as premissas originais do programa, lembrando-se que, quando se sustentou um retorno à *prevenção especial negativa* na segunda metade da década de 70, o propósito declarado não era prender *mais*, mas prender *melhor* – era isso, aliás, que significava a palavra “*seletiva*” anexa à “*incapacitação*”.

De acontecer como o planejado, portanto, uma vez *racionalizado* o sistema de justiça criminal por uma tecnologia que permitiria identificar e excluir do convívio social – princípios e regras jurídicas à parte – somente os *piores* entre os *piores*, não só a sociedade estaria mais segura, como também se gastaria muito menos para *incapacitar incorrigíveis* e *perigosos*. Como podia ser, então, que as contas da segurança pública insistiam em fechar no vermelho em todos os estados americanos que aderiam à *Política Criminal Atuarial*, produzindo-se um *déficit* que só piorava com o passar do tempo? Se a *lógica atuarial* fora convocada para diminuir as despesas em segurança pública e a brutalidade do controle social, como podia esse processo avançar, a passos agigantados, em sentido contrário?

Sem negar a etiologia do crime e do ponto de vista do discurso do poder, só uma resposta era possível: a *incapacitação* não era assim tão *seletiva* quanto se anunciava. O motivo seria aquele defeito originário e bem conhecido do projeto, mas para o qual não fora dada tanta importância: a produção indesejada de *falso-positivos*. Em outras palavras, os *instrumentos atuariais* utilizados estavam a classificar *joio* como *trigo* com uma frequência muito maior do que a esperada; seriam as tais falhas no “*targeting*” da repressão responsáveis por

⁵⁹⁶ Pois prender muito é muito caro, ainda que mantendo-se os presos em condições degradantes. Ver SCHEERER, Sebastian. *The delinquent as a fading category of knowledge*, p. 437.

determinar, ao contrário do esperado, o aumento sem precedentes de gastos com segurança interna e a “sobrevitimização” na execução penal.

Diante de tão simplista conclusão, a solução para alcançar a tão desejada *eficiência* do sistema de justiça criminal era óbvia: urgia reparar os *instrumentos atuariais* para não cometer mais erros. Ironicamente, depois de eleita culpada pelo fracasso da proposta, a imprecisão dos *prognósticos de risco* mudou a maneira pela qual se encaravam os *falso-positivos*; de uma “mera” questão ética a ser resolvida no futuro próximo, converteram-se em problema financeiro a requerer solução imediata. Ponto sensível, especialmente porque em termos de custo contornar este obstáculo demandaria mais do que a *retórica do amanhã*. Incentivados pela necessidade econômica, os estudos que se seguiram para tentar diminuir a *margem de erro* e salvar a menina dos olhos do *gerencialismo* revelaram diferentes problemas metodológicos.

O primeiro, pela ordem, era a falta de consenso sobre o que era, exatamente, uma grande *margem de erro*. A verdade é que, se por um lado ninguém se iludia com a possibilidade de instrumentos infalíveis, por outro tampouco se sabia até que ponto lhes era permitido errar sem viabilizar o *grande encarceramento* – e, com ele, o aumento de custos. Em uma cuidadosa revisão feita na década de 90, ficou demonstrado que a ampla maioria dos *atuários* considerava tolerável uma *margem de erro* entre 30% (trinta por cento) e 35% (trinta e cinco por cento), limites dentro dos quais os *prognósticos de risco de reincidência* e/ou *perigosidade* eram considerados *funcionais* na maioria das jurisdições, no sentido de serem aptos a fundamentar a “*decision making*” de um agente do sistema de justiça criminal.⁵⁹⁷ Números tão elevados impressionam, e com razão: difícil acreditar que uma ferramenta de informação para *gestão* do

⁵⁹⁷ Em todo caso, alguns dispositivos prometiam até 90% (noventa por cento) de acerto, ou mesmo mais. Ver CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 199-206.

risco possa ser considerada útil com tal quantidade de erros em potencial.⁵⁹⁸ Mas é importante salientar que, hipoteticamente, os erros deveriam acontecer nos dois sentidos com a mesma frequência: assim como alguns indivíduos sem propensão à *reincidência* seriam identificados como de *alto risco* – *neutralizando-se* indevidamente *falso-positivos* – grupos de *reincidentes crônicos* e *violentos* seriam erroneamente classificados como de *baixo risco* – liberando-se *falso-negativos* para a vida em sociedade. Proporcionalmente distribuídos, os “*falsos*” iriam se compensar e, portanto, não haveria porque aumentar o número de presos – sempre lidos, por certo, em termos de cifras. Daí considerar aceitável uma *margem de erro* que, no fundo, só erraria desfavoravelmente ao acusado em aproximadamente 15% (quinze por cento) dos casos, o que não implicaria em substancial aumento da população carcerária.

Este raciocínio, no entanto, se mostrou falho na prática, posto que a *Política Criminal Atuarial* necessariamente produz muito mais *falso-positivos* do que *negativos*. Isso ocorre por uma elementar diferença de finalidades: ora, se dentro do *cálculo atuarial* puro o objetivo é, apenas e genericamente, mensurar o *risco* de um evento qualquer, no campo da *lógica atuarial* aplicada ao sistema de justiça criminal o fim está vinculado a uma específica estratégia *preventiva* de ação, a saber, reduzir ao máximo o *risco* de novos crimes mediante *incapacitação*. Por aderir à lógica de que é preferível extirpar a mão pecadora a condenar por ela todo o ser à danação eterna, a reclusão desnecessária de *falso-positivos* é amplamente preferível à soltura dos *falso-negativos*.⁵⁹⁹ Comprometida

⁵⁹⁸ Pelo contrário, para os teóricos críticos o que não deixa de causar certa estranheza é o espanto aparentemente genuíno de alguns autores ao constatar a frequência com que erravam os *instrumentos atuariais*; pois, como lembra com fina ironia Jerome G. MILLER, as mais modernas técnicas para *prognóstico de risco* na área criminal derivam de modelos de projeção de cenários futuros desenvolvidos por economistas, profissionais que não são especialmente conhecidos pela competência na antecipação de importantes eventos futuros, mesmo as crises mais previsíveis da economia capitalista. MILLER, Jerome G. **Diversión From Prosecution**, p. 98.

⁵⁹⁹ É, de fato, a partir da citação do evangelho de Mateus, capítulo 5, versículo 30 que Travis HIRSCHI começa o prefácio ao livro de HAAPANEN. Sobre esta referência HIRSCHI sugere que é preferível a *neutralização* do criminoso e a injustiça do *Direito Penal do Autor* à fixação da sentença em base à ideia de pena conforme a culpabilidade, conforme o ineficiente *Direito Penal do Fato*. HAAPANEN, Rudy A. **Selective Incapacitation and the Serious Offender**, p. v-vi. Em todo caso, os entusiastas da *Política Criminal Atuarial* não hesitavam em afirmar que *falso-negativos* e *positivos* deveriam ser evitados com o mesmo rigor; esse, por respeito ao cidadão; aquele, por respeito à sociedade. Exemplo, CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk**, p. 205.

até a medula com a *ideologia da defesa social* – fundada na presunção de *perigosidade* dos *criminosos* – o *gerencialismo* inevitavelmente suplanta o compromisso com os direitos fundamentais – a partir dos quais se presume *inocência* do *cidadão* – resultando em uma clara orientação punitivista: em caso de dúvida, *prender* ao invés de *libertar*. Assim, e talvez nem sempre de maneira consciente, todos os *instrumentos atuariais* foram construídos para superestimar o *risco* individual, fazendo com que os casos de *falso-positivos* corresponderem ao número total de erros, raras exceções à parte. Não estranha, em síntese, que seja concomitante ao *grande encarceramento*.

Para piorar este quadro, os crimes praticados pelos excepcionais *falso-negativos* – especialmente aqueles que estavam em “*parole*” ou “*probation*” à época do fato – tendem a ser superexplorados pela mídia, que os retrata como evidência da ineficácia de um sistema de justiça criminal muito brando. Com isso não só se mascarava a óbvia desproporção na distribuição do *erro* dos *prognósticos*, como também se conduzia a opinião pública a exigir que os *instrumentos atuariais* fossem mais rigorosos do que já eram. Envolvida pelo discurso belicista de *combate à criminalidade* e com medo dos *criminosos soltos* a vagar cidade afora, poucos cidadãos se perguntam sobre o preço a pagar pelo endurecimento das estratégias prevencionistas, mesmo diante da escalada exponencial no número de presos. Fato é que, desde que apenas contra os membros das *classes perigosas*, o erro dos *prognósticos de risco* para produção de *falso-positivos* não só era aceito como *fogo-amigo* inerente a uma guerra, mas publicamente encorajado.⁶⁰⁰ Curioso, em todo caso, que uma das formas pelas quais seria possível diminuir a *margem de erro* e favorecer a *eficiência* do sistema seria atuar em sentido totalmente contrário, ou seja, aumentar a tolerância dos *prognósticos de risco* na produção de *falso-negativos* para compensar os erros. Não obstante, desistir do propósito de *incapacitação* para desvincular o *cálculo atuarial* de seu fim utilitário simplesmente não estava na pauta do dia, de modo que esta solução não foi sequer cogitada.

⁶⁰⁰ CHRISTIE, Nils. *Crime Control as Industry*, p. 185-186.

Mantida entre teóricos e governantes, enfim, a cômoda posição de que era melhor *errar* – isto é, *incapacitar* – do que *remediar*, o resultado não poderia ser diferente: com o suporte da linha *populista*, a produção de *falso-positivos* deixava de se tornar exceção e favorecia a dispersão de critérios de *criminalização* que deveriam ser estritos. Publicamente, porém, jamais foi descartada a necessidade de gradual aperfeiçoamento da *seletividade* dos *instrumentos atuariais* para diminuir a sobreprodução de *falso-positivos* e, assim, diminuir injustiças. Neste sentido, e também em função de interesses comerciais, periodicamente reuniam-se novos grupos de trabalho para remodelar ou propor novos e mais precisos *instrumentos atuariais*.

Esta iniciativa conheceu seu período mais promissor no início da década de 90, quando por força das críticas antes apontadas a maior parte dos estados americanos decidiu providenciar a revisão ou “*revamp*” das ferramentas que utilizavam em busca de mecanismos mais *eficientes*, sinalizando com isso a manutenção da esperança ainda um tanto ingênua de diminuir simultaneamente custos e população carcerária mediante redução da produção de *falso-positivos*.⁶⁰¹

Nos amplos estudos e debates que se seguiram, duas foram as novas e principais causas identificadas para a imprecisão: de um lado, a pretensão de que uma mesma ferramenta pudesse identificar diferentes *riscos* individuais dentro do sistema de justiça criminal; de outro, a grande quantidade, diversidade e dinamicidade dos *fatores de risco* avaliados. Postulava-se, portanto, que ferramentas mais específicas e com menos variáveis ofereceriam *prognósticos* muito mais apurados. Embora apresentadas em conjunto, estas propostas são analisadas separadamente.

De partida, não foi difícil descobrir que os mecanismos que mais erravam eram os chamados *multipropósito*, como rapidamente demonstraram diferentes pesquisas empíricas. Logo, quanto maior o número de finalidades atribuídas a um *instrumento atuarial*, menor sua precisão prognóstica. Como resultado, as ferramentas genéricas típicas da década de 80 – que prometiam desde ajudar a

⁶⁰¹ CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 207.

polícia a descobrir suspeitos até definir o grau de supervisão sobre o preso em base aos mesmos *fatores de risco* – foram abandonadas em favor de exames específicos, finamente ajustados ao grupo social para o qual se dirigiam. O lema dos *atuários* passou a ser “para cada *risco*, um instrumento”.

Como consequência deste movimento de superespecialização – e dão prova disso os capítulos anteriores – cada setor do sistema de justiça criminal conta hoje com uma enorme oferta de *instrumentos atuariais*. Entre eles, os mais avançados são os construídos sobre plataformas *online*, que contam com atualização automática e “*help desk*” em caso de “*troubleshooting*”. Em termos gerais, a iniciativa alcançou um relativo sucesso; como demonstraram estudos posteriores, a especialização em função de diferentes propósitos efetivamente diminuiu a quantidade de “*falsos*”. O problema é que esta redução só foi significativa no que se refere à produção de *falso-negativos*.⁶⁰²

Para piorar, o processo de diversificação por setores dentro do sistema de justiça criminal ampliou bastante a quantidade de *perfis de risco* determinantes de *criminalização secundária*, o que aumentava – ao invés de diminuir – o número de indivíduos selecionados. Em outras palavras, quanto mais o sistema se especializava, mais áreas eram invadidas pela *lógica atuarial* de enfoque *prevencionista*, e mais sujeitos “corretamente” *identificados* e *classificados* como de *alto risco* e/ou perigosos. O compromisso mais geral com a *incapacitação* fazia o resto, promovendo-se exatamente o contrário da finalidade declarada ao início: a *superpopulação carcerária* e, com ela, uma maior despesa pública.

Restava, de toda sorte, aquela outra frente além da especialização, que partia do pressuposto de que a *margem de erro* de um *instrumento atuarial* era diretamente proporcional à quantidade de *fatores de risco* ponderados. Hipótese que, em princípio, não era original, mas conhecida na literatura técnica desde a época de acirrada disputa entre os modelos BURGESS e GLUECK para *prognóstico de risco*. Mas por que, exatamente, a inclusão de mais variáveis implicava menor grau de certeza?

⁶⁰² CHAMPION, Dean J. *Measuring Offender Risk*, p. 201.

Os ensaios de resposta revelavam que, em regra, os critérios associados à *criminalidade* não são independentes, mas se interferem de maneira constante e imprevisível, além de frequentemente interagirem com variáveis externas e não ponderadas, estabelecendo correlações impossíveis de se antecipar, o que é especialmente verdadeiro no caso de *fatores de risco dinâmicos*. Por certo, além da discussão meramente *estatística*, tentar antecipar um comportamento social não é a mesma coisa que determinar o *risco* de um evento em um abstrato problema matemático: submetida a condições reais, a análise multifatorial sempre perde capacidade estimativa diante da relação orgânica que os diferentes critérios avaliados estabelecem dentro e fora do sistema.⁶⁰³ Logo, se os indicadores se relacionam entre si e com fatores externos, certamente afetam a previsibilidade do resultado de modo inesperado, diminuindo o grau de certeza originalmente estimado. Sem conhecer a existência e intensidade dessas relações, a *margem de erro real* jamais corresponderá à *estimada*.

Para tentar contornar esse problema e diminuir a quantidade de “*falsos*”, a sugestão mais comum era a de tentar reduzir a análise aos *fatores de risco estáticos* e/ou *independentes*, desde que direta e substancialmente associados à *reincidência* e/ou *perigosidade*. A estratégia, como não poderia ser diferente, redundou em uma solução simplista, que fez depender quase todo o cálculo do *risco* e da *perigosidade* individual na existência de objetiva de *antecedentes criminais*, um dado que já era presente e superestimado em todas as pesquisas dedicadas à descoberta de *fatores* associados à *criminalidade*, desde 1923, quando Sam B. WARNER os propôs pela primeira vez.

Em outras palavras, a falibilidade dos *instrumentos atuariais* levou à brilhante conclusão de que o único critério confiável para o *prognóstico de risco*

⁶⁰³ Leonard MLODINOW ilustra esse fato com um exemplo: considerando que no mundo real não existem dados *perfeitos* e todo dado real é mais ou menos *viciado* por conta de pequenas imperfeições, só poderemos saber o verdadeiro *risco* de que determinados números apareçam a cada lance após inúmeras jogadas. Em alguns casos, onde as imperfeições são ínfimas, talvez seja necessário repetir o processo milhões de vezes. Mas este próprio processo de lançamentos contínuos pode incluir novas variáveis, que influenciam o resultado sem nunca terem sido antecipadas; o desgaste provocado pelos sucessivos lançamentos e ligeiras modificações no movimento da mão do lançador, por exemplo, podem modificar aquilo que seria atestado como *risco* real inicial. Como se vê, chegar a resultados precisos no mundo real é impossível, mesmo nos casos de infinitas repetições e exceto, talvez, no terreno da física quântica. Ver MLODINOW, Leonard. *The Drunkard's Walk*, p. 87-88.

da *reincidência* era a própria *reincidência*, via pela qual se transformava o *prognóstico atuarial* em singelo *exame anamnésico*. Mas o problema é que, como foi explicado em capítulo anterior, a validade científica do *exame anamnésico* depende de inúmeras repetições individuais devidamente registradas, sem as quais sua conclusão não passa de vulgar palpite. Mas isso é sabidamente impossível no que se refere à prática de *crimes*, especialmente aqueles cuja definição coincide com a prática de ações violentas, não só porque pouco frequentes, mas especialmente por força da *cifra negra*, que torna dependência do registro de antecedentes inútil.

Mesmo assim, esta equivocada sobrevalorização da *reincidência* se firmou como regra, mesmo entre os mais recentes *instrumentos atuariais*. O consenso que se fundou a partir de então é o seguinte: os critérios gerais apontam para um *perfil de risco*; o critério específico da *reincidência* dá a palavra final.⁶⁰⁴ O resultado é catastrófico e redundante em constantes situações *sem-saída*: uma vez selecionado pelo sistema, o indivíduo não conseguia mais escapar.

⁶⁰⁴ Cf. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 91. Por meio de um simples exemplo é fácil entender porque os instrumentos para aferição do risco individual sobrevalorizam a existência de antecedentes. Imagine-se, por exemplo, a necessidade de definir o valor do seguro por acidente de um veículo sem conhecer o motorista que pede a cotação. Neste caso, serão utilizados critérios gerais de avaliação para definir a previsibilidade de um acidente – e portanto, o preço da apólice – conforme as estatísticas do grupo ao qual ele pertence (se é jovem ou velho, homem ou mulher etc.), ao carro que possui (potência do motor, se de passeio ou esportivo, com carroceria fixa ou conversível, de dois ou cinco lugares etc.), entre outros diversos fatores (com que frequência dirige e quais rodovias utiliza etc.). Entretanto, caso a seguradora efetivamente conheça o condutor, a existência ou falta de histórico de uma multa por excesso de velocidade passa a ser um critério muito mais importante, tendo em vista que a porcentagem de acidentes provocados por ultrapassar a velocidade limite das vias é muito maior do que a oferecida a partir de qualquer outro critério geral antes referido. Assim, a presença do antecedente específico é substancialmente mais importante do que qualquer outro elemento genérico. Ao mesmo tempo, existindo o antecedente, a presença de critérios gerais desfavoráveis serve para reduzir ao mínimo a chance de erro de *prognóstico* de *alto risco* de acidente. Tendo em vista um jovem motorista que dirige potente conversível esportivo de dois lugares e logo no primeiro ano de carteira já recebeu uma multa por excesso de velocidade, os dados gerais ratificam o enorme risco deste motorista, desaconselhando a própria oferta de seguro ou um preço muito maior, pois jamais se põe em questão a validade relativa da multa, que pode ter sido produto de uma fortuita desatenção de outra pessoa, para quem o jovem emprestou o carro e depois se esqueceu de atribuir a infração. Haverá, assim, se for este o caso, um evidente caso de *falso-positivo* para condutor de *alto-risco*. Pelo mesmo critério, um motorista que não indica esses fatores de preocupação (mulher idosa dirigindo SUV de sete lugares sem histórico de multa) pode ser o pior dos condutores e oferecer enorme risco de acidente, mas não será diagnosticado como tal pelas deficiências do método de aferição, produzindo-se um *falso-negativo*. Sobre a incidência da “probabilidade Bayesiana” neste exemplo e para a possibilidade de *falso-positivos* em exames para o vírus HIV, MLODINOW, Leonard. **The Drunkard’s Walk**, p. 117-122. O grande problema, no que se refere à *Política Criminal*, é o fato de que o crime é dirigido seletivamente, ao contrário do que um radar estacionário faz.

Mas que em pleno século XXI os *prognósticos de risco* que deveriam se destacar por sua complexidade recuem a formas mais grosseiras de previsão do comportamento humano não deveria causar espanto. A verdade, aliás, é que seria incoerente ter um *instrumento atuarial* super avançado para determinar, como consequência de um elaborado *prognóstico de risco*, uma resposta penal tão primitiva quanto a *pós-moderna* reclusão *filadelfiana*. De fato, quando a proposta surgiu, conhecer o *risco individual* era necessário para modelar a execução da pena conforme o ideal de ressocialização, o que supunha diversas medidas diferentes de tratamento. Entretanto, avançando a teoria da *incapacitação seletiva* e reduzindo-se a função da pena à simples *inocuidade*, não haveria porque insistir em ferramentas de ponta; as que existem bastam, e não representam prejuízo – exceto, como de praxe, para os *criminalizados* de sempre. O interessante é que, ao sobrevalorizar a *reincidência* o sistema atestava, de forma redundante, a própria capacidade de *criminalizar* sujeitos já *criminalizados*, independentemente de critérios externos. Comprovava, portanto, o *sucesso* do sistema de justiça criminal em perseguir e punir certas pessoas, validando o ciclo de destruição de um *grupo de risco*, em perversa tautologia.

Em resumo, no que se refere à tentativa de resgatar a *promessa de eficiência* da *Política Criminal Atuarial*, foi só até este ponto os *atuários* chegaram. Mas há outras perspectivas que também flanqueiam a arguida *eficiência* da *Política Criminal Atuarial* para tentar corrigir esta *miopia técnica*. Para tanto, amplia-se o campo de análise para incluir as contribuições de criminólogos contemporâneos que conseguem enxergar a questão de modo um pouco mais nítido.

O primeiro passo, neste sentido, é lembrar que do outro lado dos *instrumentos atuariais* não estão máquinas, mas seres humanos de carne e osso, que entram em relação com a nova orientação do sistema de justiça criminal de modo complexo e irreduzível às expectativas da *lógica atuarial*. Partindo desta premissa, Bernard HARCOURT considera que um duro golpe contra o argumento *eficientista* em favor da *Política Criminal Atuarial* é a demonstração do seu enorme *custo social*, efeito colateral necessário da redefinição da

racionalidade do sistema de justiça criminal, deliberadamente subdimensionado no cálculo dos técnicos do poder e alto demais para ser pago.

A partir do que denomina de *efeito cremalheira*,⁶⁰⁵ o autor lembra que a concentração da repressão sobre determinados grupos minoritários – por mais bem fundamentada que esteja em termos teóricos – resulta em inevitável estigmatização de todos seus membros, motivando a resistência das comunidades perseguidas, agravando o preconceito social e restringindo o acesso aos *bens sociais positivos* – especialmente escolaridade e emprego – que servem como indicadores negativos de *risco*.⁶⁰⁶ Como se vê, uma justiça criminal que opere nestes termos está anos-luz daquele ideal de *gestão eficiente*, que supõe uma relativa *pacificação* das estratégias de controle ao evitar que sua aplicação desperte maiores antagonismos. Mas é exatamente o oposto do que implica a prática da *Política Criminal Atuarial*, que não só alimenta a luta da população marginalizada contra o Estado, como também diminui os já frágeis vínculos de solidariedade remanescentes na sociedade e afrouxa as amarras do estrito cumprimento do dever legal ao *normalizar* as *metarregras* punitivas, tornando os abusos dos agentes da repressão cada vez mais frequentes. Como se vê, tudo isso aumenta o conflito, ao invés de reduzi-lo.

Em um segundo momento, avançando menos sobre o *custo social* e mais sobre a capacidade preventiva invocada pelos promotores da *Política Criminal*

⁶⁰⁵ A expressão original é “*ratchet effect*” (a primeira palavra traduz-se como *roquete* ou *cremalheira*). A ideia é de um mecanismo que, uma vez acionado, não permite o retorno à situação anterior, assim como a cremalheira dos lacres de plástico ou as chaves roquete aplicadas a uma porca. Síntese da explicação em HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 27-28.

⁶⁰⁶ Em todo caso, para o autor as oportunidades sociais de escolaridade e emprego são definidas como fatores que impedem os indivíduos de optarem – mediante *escolha racional* – por carreiras criminosas, restringindo sua opção de vida a cumprir o papel social de desviante que dele se espera. Sem embargo, ainda de acordo com HARCOURT, existiram algumas estratégias válidas para dissolver a resistência social contra a *Política Criminal Atuarial* ou, na linguagem que lhe é própria, reduzir o seu *custo social*. De fato, a antipatia provocada nos grupos minoritários e organizações para proteção dos direitos humanos decorrente do uso destes métodos pode ser atenuada alterando-se as variáveis determinantes das abordagens. Se ao invés de direcionar a repressão contra elementos do *ser* – tais como etnia, gênero e idade – a criminalização se dedicasse a abordar indivíduos portadores de elementos decorrentes de manifestação de vontade – por exemplo, de pessoas com cabelos tingidos com cores incomuns, tatuagens, *piercings* ou dirigindo carros com adesivos preconceituosos ou alusivos a comportamento de risco e consumo de álcool ou maconha – percebe-se um afrouxamento no antagonismo, dado que as alegações de classicismo, racismo ou xenofobia não repercutem do mesmo modo, embora fatalmente as vítimas desta orientação seletiva continuem a ser as mesmas. Como se vê, o alcance crítico do autor é bastante limitado. HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 29-34.

Atuarial, HARCOURT negará que a concentração da repressão em desfavor de grupos sociais estatisticamente vinculados à prática de certos crimes resultará em necessária diminuição dos índices de *criminalidade*, seja no interior do próprio *grupo de risco*, seja em relação ao total da população. Em todo caso, antes de seguir nesta análise, é preciso destacar que o autor parte de uma perspectiva nitidamente *liberal*; por trás de toda esta discussão, está pressuposto que o comportamento criminoso é resultado de um *cálculo utilitário*, pensamento mais afim ao *behaviorismo* e aquém do grau de complexidade exigido pela ciência criminológica contemporânea. Sem aderir a esta posição, o que se quer destacar aqui – seguindo-se a linha da crítica do referido autor – é que mesmo no limitado âmbito de validade dessa premissa a eficiência de uma Política Criminal que se orienta a partir de *instrumentos atuariais* é insustentável.⁶⁰⁷

Com esta advertência em mente, para contestar a diminuição das taxas de *criminalidade* dentro do próprio *grupo de risco* preferencialmente perseguido – mediante *incapacitação seletiva* exclusiva de seus *piores* membros – HARCOURT afirma que, se os dados estatísticos mostram que boa parte de seus membros apresentam um *perfil de risco*, então devem existir causas materiais – pré-criminalização – que determinam essa predisposição. Entretanto, como a *lógica atuarial* não opera neste nível de determinação – dado que não tem interesses em investigar as supostas causas do crime – a verticalização do poder punitivo que propõe tende apenas a descobrir cada vez mais *criminosos* no interior do grupo selecionado, o que não só é redundante como aumenta, ao invés de diminuir, o registro quantitativo de *crimes*.⁶⁰⁸

Em acréscimo, e mais importante, é o efeito contraproducente que a polarização *atuarial* da competência punitiva provocaria nos índices gerais de *criminalidade*, tendo em vista a reação de toda a sociedade civil à sua consolidação no longo prazo. Ora, é certo que para uma teoria que compreende o crime como resultado de uma decisão utilitária, concentrar a repressão em um grupo específico de pessoas significa garantir a impunidade dos demais,

⁶⁰⁷ HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 34-35.

⁶⁰⁸ HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 23-24.

tornando-os invisíveis ao radar criminalizante – e tanto mais quanto mais específicos e minoritários fossem os atributos do grupo perseguido. Sendo assim, conscientes de que a *criminalização secundária* é orientada exclusivamente a partir de *perfis de risco*, todos aqueles que sabidamente não se ajustam a esses moldes se sentiriam mais seguros – ou mesmo encorajados – a praticar crimes, o que compensaria a *incapacitação* dos portadores de *perfil de risco* no cômputo geral.⁶⁰⁹

À luz destas considerações, não espanta que HARCOURT proponha superar a *lógica atuarial* com *aleatoriedade*, apostando na *randomização* do sistema de justiça criminal para atenuar sua *seletividade*. Tal apelo não significa, em todo caso, a rejeição de uma *racionalidade* para orientar o controle social, mas uma aposta na objetividade do *acaso*. Nos termos da proposta, além de impedir o direcionamento da *criminalização secundária* por *metarregras* punitivas e restaurar o padrão de justiça “cega”, a adoção de critérios lotéricos seria vantajosa porque mais *eficiente* para fins de prevenção, dado que a efetividade da *prevenção geral negativa* supõe impossibilidade de antecipar as chances de ser descoberto, processado e punido, o que não ocorre quando se utilizam *instrumentos atuariais*, responsáveis por consolidar bem conhecidos *perfis de risco*.⁶¹⁰

Embora seja uma das principais vozes contra a *Política Criminal Atuarial* nos Estados Unidos e contribua para uma análise menos redutora do *referencial teórico*, tanto as críticas quanto a proposta de HARCOURT apresentam graves problemas, que vão além de sua crença na ideia de crime como *escolha racional*, indo de encontro aos postulados centrais da *Criminologia Crítica*. De início, ele deixa de observar a tendência de vulgarização dos *instrumentos atuariais* em direção à sobrevalorização da *reincidência*, que em boa medida os reduz a simples *exames anamnésicos*, cuja utilização é inútil para *prognóstico de risco*, útil para legitimar o sistema e incapaz de detonar uma revolta social suficiente para incomodar a classe política. Em seguida, ignora de uma forma bastante

⁶⁰⁹ A mesma ideia é defendida por GABOR, Thomas. **The Dangerous Criminal and Incapacitation Policies**, p. 405-407.

⁶¹⁰ HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 5 e 237-239.

ingênua que a *seletividade* é essencial ao sistema de justiça criminal; logo, a orientação classista que aproveita indicadores sociais negativos para definir as estratégias de controle social do Estado capitalista jamais será superada por meio de um argumento técnico, por melhor que seja – embora isso não signifique que não possa ser justificada pela técnica, como acontece com a *Política Criminal Atuarial*. Por fim, o ponto mais deficitário de sua proposta é a validação da *parcialidade* oculta na construção dos *fatores de risco* associados à *criminalidade*, ao não esclarecer que a *estatística* que suporta os *prognósticos de risco* não é – nem poderia ser – o resultado de uma longa acumulação *neutra* de conhecimento. Na medida em que rechaça a revolução paradigmática produzida pelo “*labeling approach*” e, ainda que de forma atenuada, supõe a ontologia do *crime* e do *criminoso* como realidades pré-existentes aos processos interacionistas que lhes atribuem tais rótulos, incorpora equivocadamente os estigmas que determinam a *criminalização* como *fatores criminogênicos*.

De toda sorte, o “*coup de grâce*” não parte da massa crítica formada por seus colegas criminólogos, mas da própria práxis da *Política Criminal Atuarial*, que coincide com a redução significativa da *criminalidade* registrada a partir dos anos 90. O fato é que, o que quer que estivessem fazendo no sistema de justiça criminal durante este período, estava “funcionando”; tanto que, entre 1991 e 2001 o “*FBI*” constatou uma diminuição de cerca de 30% (trinta) por cento nos índices gerais de *criminalidade* registrada nos Estados Unidos, sendo esta ainda maior entre os crimes violentos e superior a 40% (quarenta por cento) em relação aos homicídios dolosos.⁶¹¹

À época, os criminólogos ofereceram várias explicações concorrentes para explicar tal queda, sendo as mais comuns (a) o aumento da renda média dos

⁶¹¹ A comparação é com os dados entre 1973 e 1991, da “*Uniform Crime Report*”, do “*FBI*”. Os dados se referem, portanto, apenas aos crimes violentos e contra a propriedade “indexados”, como visto em nota anterior. Em todo caso, nem sempre as estatísticas conferem. Estudos paralelos indicam que, fora da criminalidade “indexada”, mesmo durante o período mais agudo de repressão – que corresponde à segunda metade da década de 90 – a queda na taxa de crimes registrados nunca foi superior a 25% (vinte e cinco por cento), e isso conforme as melhores estimativas disponíveis. Ver HARCOURT, Bernard E. *Against prediction*, p. 27-28.

americanos acompanhada de baixas taxas de desemprego,⁶¹² (b) o envelhecimento da população, (c) a adoção de novas e mais rígidas estratégias de policiamento,⁶¹³ (d) a maior quantidade de execuções da pena capital e (e) a combinação entre regulamentação plena do comércio de armas de fogo e aprovação de leis que autorizavam seu porte oculto em espaços públicos.⁶¹⁴

A famosa e antipática análise do economista Steven D. LEVITT, entretanto, sustentou que nenhuma destas causas era – isolada ou cumulativamente – adequada. A partir de uma aproximação ao estilo “*Law and Economics*”, refutou as teses majoritárias para propor quatro respostas alternativas ao fenômeno, em ordem crescente de importância: (i) a queda no consumo de *crack* no início da década de 90, (ii) o incremento do efetivo policial em 14% (catorze por cento), (iii) a legalização da interrupção seletiva de gestação no início dos anos 70 – sem dúvida, a mais polêmica – e (iv) o exponencial aumento da população carcerária a partir de 1980.⁶¹⁵

Embora inicialmente desacreditadas, suas hipóteses foram ganhando espaço na comunidade acadêmica porque os índices de *criminalidade*

⁶¹² A média anual de desemprego oficial nessa época (1991-2001) oscilava em torno de 5,5% (cinco e meio por cento). Entre 1990 e 2008 a taxa média anual de desemprego só ultrapassou os 6% (seis por cento) em quatro anos entre 1991 e 1994. Depois de 2009 a taxa sobe e oscila em torno de 9% (nove por cento). Dados em <http://www.bls.gov/>. Considerando que durante o período de 1991 a 2008 a população carcerária aumentou muito e os regimes de detenção se tornaram ainda mais rigorosos, o dado contraria a expectativa de redução na quantidade de presos e humanização das formas de punição em períodos com baixa taxa de desemprego, no sentido da proposta derivada de “*Punishment and Social Structure*” e conhecida como *hipótese da severidade*, originalmente formulada por JANKOVIC, Ivan. **Labor Market and Imprisonment**, p. 319-329. Em todo caso, tal intervalo parece constituir mesmo uma exceção: a hipótese havia se confirmado até a década de 80 e pode ser mantida, para todos os efeitos, de 2008 em diante.

⁶¹³ Por certo, com especial referência ao *Tolerância Zero*. A defesa do programa decorrente da *teoria das janelas quebradas* (“*Broken Windows Theory*”) como responsável pelo sucesso da queda da criminalidade, especialmente em Nova Iorque, em KELLING, George L. e COLES, Catherine M. **Fixing Broken Windows**, p. 108-257.

⁶¹⁴ A principal obra na defesa deste último argumento é o exaustivo e contestado estudo de LOTT Jr., John R. **More Guns, Less Crime**, p. 1-124 e 163-169.

⁶¹⁵ LEVITT, Steven D. *Understanding Why Crime Fell in the 1990's*, p. 163-190. A queda no consumo de crack teve, segundo o autor, efeitos quase imediatos sobre a diminuição da violência urbana. Especificamente sobre o aborto, considerado descriminalizado a partir do julgamento pela Suprema Corte de *Roe v. Wade* em 1973, o autor demonstra a maior taxa de crimes nos estados que tiveram as maiores taxas de interrupção da gestação, especialmente a partir do momento em que estes “filhos indesejados” – sobretudo do sexo masculino – completariam 18 (dezoito) anos de idade, isto é, de 1991 em diante. Vide DONOHUE III, John J. e LEVITT, Steven D. **The Impact of Legalized Abortion on Crime**, p. 379-415. Síntese dos argumentos em COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law & Economics**, p. 561-565 e 532-534.

continuaram a cair durante a década seguinte,⁶¹⁶ enquanto profundas mudanças no cenário estadunidense refutavam a capacidade explicativa dos demais argumentos.⁶¹⁷

Exatamente por permanecer inalterada durante todo este período, a crescente taxa de encarceramento pode então assumir o papel de principal explicação para o “sucesso” no controle da *criminalidade*. Depois de anos de prática orientada pelos mais diversos motivos, classe política e sociedade americana aprenderam a lição de que *neutralizar* indivíduos aos montes efetivamente reduzia a quantidade de crimes registrados: depois de muito sangue, suor e lágrimas, simplesmente não haveria tantos *inúteis* nas ruas para prender.⁶¹⁸

Mas se por um lado esta iniciativa se mostrava *eficaz*, por outro jamais conseguiu se justificar, como visto, em termos de *eficiência*. Em contraste com a tragédia humana que determina e o colossal investimento de dinheiro público que requer, o decréscimo nos índices de *criminalidade* que determina é, sob qualquer ângulo, microscópico. Por conseguinte, é impossível ignorar que a *Política Criminal Atuarial* falhou grosseiramente em alcançar sequer o *limbo* do *princípio da eficiência*, originalmente prevista e vendida como condição de legitimidade de todo o sistema de justiça criminal do futuro.

⁶¹⁶ Isso conforme os dados oficiais até 2011. Houve um ligeiro aumento na quantidade de crimes violentos entre os anos de 2005 e 2007, embora os números sempre se mantivessem abaixo da quantidade total de crimes em 2001. Os dados podem ser facilmente consultados em <http://www.ucrdatatool.gov/>

⁶¹⁷ Enquanto os efeitos da grave crise econômica que teve início com a bolha imobiliária americana em 2007 ainda repercutem mundo afora, diminuam as execuções da pena de morte: 606 (seiscentas e seis) pessoas foram mortas entre 1991 e 2001; já entre 2002 e 2012 (maio), contabilizaram-se 494 (quatrocentas e noventa e quatro) execuções, de acordo com <http://www.deathpenaltyinfo.org/>. No que se refere à rejeição aos declarados logros da *Tolerância Zero*, vide a excelente exposição de HARCOURT, Bernard e LUDWIG, Jens. **Broken Windows**, p. 271-318. Em todo caso, a população americana seguiu envelhecendo em taxas progressivas, apesar da imigração, como mostram os dados oficiais: http://www.aoa.gov/aoaroot/aging_statistics/Census_Population/census2010/Index.aspx. Da mesma forma, a possibilidade de comprar e portar armas de fogo de maneira velada não regrediu; pelo contrário, por conta de leis que ampliam ao máximo o direito de reação – ampliando as hipóteses de *legítima defesa putativa* e *preventiva* – o número só aumentou. Estas leis são conhecidas como “*Castle Laws*” – das quais é espécie a “*Stand your ground law*”, que autoriza o uso de força letal diante da “ameaça” de agressão injusta – porque remetem à ideia de que todo cidadão tem direito de proteger com todos os meios a segurança de sua casa – isto é, seu castelo. Mais em LOTT Jr., John R. **More Guns, Less Crime**, p. 235-336.

⁶¹⁸ Embora consciente desta redução, HARCOURT defende que isso não prejudica a lógica de seu argumento: se membros de grupos não discriminados como tendentes à *criminalidade* sabem antecipadamente que suas sentenças não serão tão longas, o custo do crime voltaria a cair, incentivando sua prática ou a *reincidência*. Ver HARCOURT, Bernard E. **Against prediction**, p. 26.

Mas todos concordavam que, apesar de seu pífio rendimento, a *incapacitação* “funcionava” mesmo sem ser *seletiva*. Ou melhor: era aparentemente *eficaz*, ainda que certamente não *eficiente* no controle da *criminalidade*. Infelizmente, em tempos de pura desilusão quanto às possibilidades reais de transformação social, isso parecia ser suficiente.

Por essa razão, em última análise e como já antecipavam FEELEY e SIMON, apesar de todas as suas manifestas contradições, a *Política Criminal Atuarial* ainda é considerada pela maior parte da sociedade americana e sua classe política a única resposta *razoável* para lidar com a inevitável existência de indivíduos *perigosos e incorrigíveis*.⁶¹⁹ Enquanto sobreviver a grosseira premissa *etiológica-individual* de que tais pessoas existem e a desilusão quanto à possibilidade de construção de sociedades mais justas, tudo mais pode ser justificado.

3.3. A convergência estrutural: adequação racional de sentido para legitimação do sistema de justiça criminal do Estado Capitalista contemporâneo

À luz das contradições extra- e intrassistêmicas verificadas, fica claro que a fundação e desenvolvimento da *Política Criminal Atuarial* não é algo que se explica como parte do desenvolvimento das políticas públicas de segurança no interior do Estado Democrático de Direito, pois rigorosamente incompatível com seus princípios fundamentais. Além disso, o uso de *instrumentos atuariais* para fins de *incapacitação seletiva* tampouco é fenômeno que se compreende como tentativa honesta de busca por *eficiência* no sistema de justiça criminal, tendo em vista o enorme custo financeiro e social que implica para a pouca redução na *criminalidade* que levanta como troféu.

Carente de legitimidade formal nestas duas dimensões, portanto, não resta alternativa exceto supor a legitimidade material da *Política Criminal Atuarial*,

⁶¹⁹ FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *Actuarial Justice*, p. 196.

isto é, sua adequação de sentido com as relações de produção, reprodução e desenvolvimento da vida em sociedade nas quais se presentifica. Resgata-se, assim, a premissa fundamental da crítica criminológica à teoria das penas, de que existe uma relação direta entre as formas de punição estabelecidas e justificadas pelo poder institucional e as demandas do modelo econômico, aplicadas e executadas de acordo com a *utilidade* do criminalizado.⁶²⁰ Em outras palavras, o que se pretende é analisar o desenvolvimento do *referente teórico* à luz da crítica à *economia política* do sistema de justiça criminal.

Neste sentido, é preciso alargar o campo de pesquisa para buscar na dinâmica específica do espaço social, político e econômico os fundamentos que permitiram a colonização das estratégias para o uso *seletivo* da competência punitiva pela tendência *gerencialista* afim ao modelo de *gestão do risco*, sem esquecer que o sistema de justiça criminal é, em última análise, instrumento de dominação de classe, sendo seu objetivo final a manutenção da ordem econômica pela *gestão diferencial da criminalidade*.⁶²¹

A análise começa, portanto, pela contextualização do cenário político-econômico que presenciou a emergência e consolidação da *lógica atuarial* como critério reitor da *criminalização secundária*, período que vai da segunda metade da década de 70 até os dias atuais e compreende as *décadas de crise*.⁶²² Caracterizado pela desilusão quanto à possibilidade de resgatar os *anos dourados* da economia imperialista, é durante este intervalo que se estrutura a chamada configuração *contemporânea* do capitalismo, na qual a *longa onda expansiva* é substituída por uma *recessão generalizada* que inverte sua dinâmica: as crises são dominantes, as retomadas episódicas. O que não muda, entretanto, é o protagonismo dos monopólios, cujas respostas formuladas para lidar com a traumática transição da década de 60 à de 70 conduzem a substanciais alterações

⁶²⁰ No sentido da formulação clássica de RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**, p. 3-7.

⁶²¹ Síntese em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**, p. 87-109 e lição clássica em FOUCUALT, Michel. **Surveiller et punir**, p. 317-319. Sobre os complexos mecanismos pelos quais a racionalidade sistêmica de Mercado consegue colonizar o espaço do Estado e dirigir as políticas públicas de regulação e repressão em favor de seus interesses no longo prazo, indispensável OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p. 140-174.

⁶²² Assim referido o período entre 1973 e 1991 por HOBBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos**, p. 393.

no plano econômico, social, político e cultural, como bem sintetizam Marcelo BRAZ e José Paulo NETTO.⁶²³

Esta profunda rearticulação do Capital se sustentou sobre o tripé (i) *reestruturação produtiva*, (ii) *financeirização* e (iii) *ideologia neoliberal* e logrou – vítimas à parte – o que parecia impossível: restaurar o padrão anterior das *taxas de lucro*. O “êxito” desta empreitada teve tal impacto ideológico na sacralização da lógica capitalista que levou alguns autores a anunciar o *fim da história*, afirmando o reino do mercado disciplinado pela democracia de vitrine – formal e representativa – como destino necessário e inevitável da humanidade, excluindo outra opção racional exceto acompanhar a imensa caravana da prosperidade que seguia nesta direção.⁶²⁴

Convém, portanto, ainda que em exagerada síntese, apresentar estes três momentos da reorganização capitalista para poder estabelecer um mais substancial pano de fundo para análise crítica da *Política Criminal Atuarial*.

Primeiro, e mais importante entre os três, está a (a) *reestruturação produtiva* do capitalismo *contemporâneo*, no qual a modalidade de acumulação *rígida* própria do *taylorismo-fordismo* cede lugar àquela que se apoia na *flexibilidade* dos processos e mercados de trabalho, produtos e padrões de consumo. É próprio desse encadeamento – que também é conhecido como *pós-fordismo* – a intensa incorporação de novas tecnologias à produção, especialmente graças à robótica e microeletrônica, que determinam a *automação*

⁶²³ Caracterizada, na economia, pelo rápido declínio das taxas de lucro e a forte redução do ritmo de crescimento dos países industrializados, a *crise* foi precipitada por dois *detonadores*: o fim do *ordenamento financeiro mundial* – simbolizado pela decisão dos EUA de romper os acordos de *Bretton Woods* – e a alta dos preços do petróleo determinada pela *Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP)*. Colaboraram, ainda, a pressão dos trabalhadores organizados e a mobilização das “minorias” pela luta de seus direitos. Vide NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, p. 221-224.

⁶²⁴ Ainda que algumas carroças – cheias de gente, por certo – tenham que ficar para trás durante a jornada, sendo atacadas por selvagens ou perdidas pela incompetência de seus condutores. A metáfora messiânica e fatalista encerra a análise de FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**, p. 338-339.

dos processos e diminuem sensivelmente a necessidade de *trabalho vivo*.⁶²⁵ Conforme a plataforma de “*lean production*” e graças ao controle computadorizado de inventários – suportado por informações *online* em tempo real e meios de transporte mais rápidos e seguros – opera-se a vantajosa redução do *ciclo de estoques*, garantindo-se o abastecimento “*just in time*”.⁶²⁶

Por conta da diminuição dos cargos à disposição, há um aumento substancial nas exigências postas à remanescente *força de trabalho* ainda diretamente envolvida na produção. Para a menor parcela de trabalhadores que segue nas fábricas – e mantém, com isso, a mínima segurança do *emprego* – exige-se grande qualificação, cumulada com a capacidade de participar de múltiplas tarefas simultaneamente.⁶²⁷ Contando com essa *força de trabalho qualificada e polivalente*, a *gestão* operacional pode e tende a se afastar do *despotismo fabril* favorecendo estratégias ideológicas de envolvimento e participação dos trabalhadores, com redução da hierarquia evidente, associação do sucesso individual ao êxito da empresa e estímulo ao *sindicalismo de resultados*, como é típico do *toyotismo*.⁶²⁸ Os produtos, por sua vez, escapam da *standardização* para se adequar à produção – ainda *em massa* – dirigida a nichos particulares de consumo, isto é, culturalmente variáveis. Ao mesmo

⁶²⁵ Pós-fordismo designa, de forma genérica, o “esgotamento” do modelo industrial *fordista*, isto é, a transformações nas relações de trabalho e produção que ocorrem sobretudo na década de 90. Esta reestruturação, como se vê, traz consigo todo um novo léxico, que inclui os hoje familiares “*downsizing*”, “*outsourcing*”, terciarização, deslocalização produtiva etc. Ver DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 63-64 e 68. Não raro, este processo também é referido como *neofordismo* e *neotaylorismo*, variando de acordo com o autor pesquisado. Algo semelhante acontece com o *toyotismo*, adiante descrito, que também é conhecido como *ohnismo* em função de Taiichi Ohno, engenheiro responsável por implementar o modelo de produção que se tornou referência da “*lean production*” na empresa japonesa Toyota. Ver ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?**, p. 23 e 30.

⁶²⁶ A “*lean production*” (ou *produção enxuta*) permite assim reduzir os estoques ao máximo ao mesmo tempo em que se previne para atender a uma demanda imprevisível, como explica RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados**, p. 73. *Automação e informatização* do processo produtivo são apenas aspectos de um trabalho emergente, imaterial. Assim, *não-trabalho* e *trabalho* se aproximam, porque o trabalho dura o dia todo e o trabalho imaterial é que dá utilidade ao trabalho material, como explica DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 70-73.

⁶²⁷ De outro, em sentido inverso, exige-se apenas um mínimo de qualificação para a maior parte dos trabalhadores, que vinculados a relações precárias de trabalho, podem por isso ser substituídos a qualquer momento, como explicam, novamente, NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, p. 226-227.

⁶²⁸ Novamente, a mudança no léxico desta nova relação de exploração é reveladora: as *equipes de trabalho* que *vestem a camisa da empresa* não são formadas por *operários* e *empregados*, mas *colaboradores* e *associados*, que trocam valor do *salário* pela *participação nos lucros*. Nada muito diferente da estratégia utilizada dentro das penitenciárias, denominando-se os *presos* de *reeducandos*. Vide NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, p. 227.

tempo, e paradoxalmente, constrói-se uma universal *cultura do consumo*, imposta mesmo aos não-consumidores.

Ainda “em busca do lucro perdido”, os grupos monopolistas vão buscar *externalizar* custos mediante *terceirização*, mas sem perder o controle da produção; descentralizados, reúnem-se além das fronteiras nacionais para constituir *corporações* estratégicas, que são capazes de assumir funções de direção geral para administração concentrada do poder político, realizando um estágio superior de comando, controle e coordenação, que desafia abertamente a soberania da maior parte dos países e revela sua natureza essencialmente antidemocrática.⁶²⁹ *Flexibilização*, enfim, é a palavra de ordem para tentar reverter a queda da lucratividade e renovar a exploração da *força de trabalho* apesar do crescimento do desemprego, autorizando a alta rotatividade e a diminuição dos salários. O *trabalho informal* e *precário*, que parecia coisa do passado, retorna com força: funda-se, em regra, uma nova relação de (sub)emprego, “*part-time*”, maleável, *marginal* ao processo produtivo e feminino e com nenhuma ou pouca proteção na forma de assistência social, de saúde, transporte, alimentação etc.⁶³⁰

A tentativa de contração ou extinção de garantias jurídicas combina o mencionado deslocamento territorial das unidades de produção com o uso de medidas legais e repressivas, o que sinaliza não só a aderência do poder estatal ao processo, mas também o declínio da capacidade de luta do movimento sindical, cujo resultado final é uma ampla permissividade para uma mais intensa exploração da *força de trabalho*.⁶³¹ Em síntese, depois que tecnologia de produção industrial atingiu níveis que não poderiam ser antecipados pelos piores pesadelos *ludistas*, o crescimento exponencial do *exército industrial de reserva* se tornou irreversível e constrangeu os *empregados* remanescentes a abrirem mão

⁶²⁹ Para RUGGIERO, é precisamente esta descentralização da fábrica que marca o início da derrocada do *fordismo*, ao criar uma economia paralela na qual as exigências legais são frequentemente ignoradas, processo ao qual se dá o apologetico nome de *flexibilização*. Ver RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados**, p. 70.

⁶³⁰ MELOSSI, Dario. **Cárcere, pós-fordismo e ciclo de produção da “canalha”**, p. 17.

⁶³¹ *Mutatis mutandis*, a demonstração de que o desenvolvimento tecnológico supõe intensificação do trabalho e prolongamento da jornada segue válida, nos termos propostos por MARX, Karl. **O Capital**, p. 451-476.

de boa parte de seus direitos.⁶³² A esperança de que seria possível reverter ou amortizar este resultado por meio da criação de *empregos no setor de serviços* – supondo as atividades *terciárias* como eixo da dinâmica econômica em uma sociedade *pós-industrial* – não durou muito, descobrindo-se que apesar de constituir um poderoso disfarce nos períodos mais agudos de *crise*, na verdade foram os serviços que passaram a obedecer a uma lógica industrial, controlados que são pelo grande capital e submetidos às mesmas regras gerais.⁶³³

Neste plano, em conclusão, a mais importante característica da *reestruturação produtiva* do capitalismo *contemporâneo* na última quadra do século XX foi ter transformado o *desemprego maciço* em acontecimento permanente. Sendo essa uma determinação estrutural, boa parte dos ideólogos deixou de tentar *ocultar* esse fenômeno e passaram a *naturalizá-lo*, como se não houvesse alternativa exceto aceitar o *horror econômico* como parte da vida social normal.⁶³⁴

O segundo grande elemento envolvido com a rearticulação do capitalismo nas últimas três décadas é a (b) *financeirização*, como ficou conhecida a gigantesca concentração do sistema bancário e financeiro que tornaram as finanças o sistema nervoso do capitalismo globalizado.⁶³⁵ Para entender essa dinâmica, é preciso lembrar que é próprio do espaço de Mercado preferir não produzir a produzir sem lucro e, por isso, há uma tendência em manter uma grande quantidade de capital na *esfera de circulação* sob a forma de *capital monetário*, que busca valorização sem investimento na produção mediante

⁶³² HOBBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos**, p. 393-420. Descrição clássica do problema e da falácia da compensação (no sentido de que novas tecnologias criam mais ou tantos empregos quanto os que foram perdidos pela transformação dos instrumentos de trabalho em máquinas) em MARX, Karl. **O Capital**, p. 488-509. O conceito de exército industrial de reserva em MARX, Karl. **O Capital**, p. 732-752.

⁶³³ Primeiro porque, sem crescimento de atividades industriais não há crescimento de atividades de serviço, o que revela sua natureza complementar; segundo, porque há na verdade uma industrialização dos serviços, que aderem à mesma racionalidade que orienta a produção. Ver NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, p. 232-233 e DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 67. Síntese dos quatro grandes modelos teóricos que explicam o enorme aumento na oferta do *setor de serviços* e indicações para análise crítica no quarto capítulo de OFFE, Claus. **Capitalismo Desorganizado**, p. 131-165.

⁶³⁴ O que de certa forma faz desaparecer todo o apelo emocional do discurso-denúncia expresso no conhecido ensaio de FORRESTER, Viviane. **O Horror Econômico**, p. 7-145. Brilhante síntese em NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, p. 228-235.

⁶³⁵ Um dos principais teóricos que tratou do tema apresenta uma sucinta introdução ao problema em uma coletânea sob sua coordenação. Vide CHESNAIS, François. **Introdução Geral**, p. 11-20 e 23-33.

remuneração através dos juros, o que é feito pelos chamados *capitalistas rentistas*.⁶³⁶

Embora esta estratégia não constitua uma novidade, o que é particular à configuração *contemporânea* do capitalismo são as novas possibilidades especulativas, que contam com ampla oferta e brutal crescimento do *capital fictício*,⁶³⁷ hipertrofiado e absolutamente desproporcional em relação à produção de valores reais – a ponto de produzir a crença de que a *esfera de circulação* gera valores e é autônoma à *esfera da produção*, levando ao limite a *fetichização* do dinheiro.⁶³⁸ Com a ajuda de recursos informacionais que garantem comunicação instantânea e facilitam a especulação sobre quantidade e qualidade da produção industrial em todo o mundo, tem-se como consequência o aumento das relações de dependência e subordinação, não apenas entre países, mas entre unidades de produção e grupos financeiros privados, dependência esta cuja dimensão pode ser ilustrada pela possibilidade de liquidação completa de setores industriais inteiros em menos de uma semana. Aqui a *indústria do seguro* – que, apesar do nome, efetivamente não *produz* nada – cumpre um papel de destaque, ao comandar o amplo movimento de *securitização* dos investimentos das grandes corporações, assegurando a proteção necessária que precede a pura especulação com o dinheiro alheio, especialmente das economias da classe trabalhadora empregada, incentivada pela propaganda do próprio Estado a pulverizar e deslocar seu patrimônio para o mercado de ações, notadamente sob a forma de participação

⁶³⁶ Novamente, lição clássica em MARX, Karl. **O Capital**, p. 107-172.

⁶³⁷ O *capital fictício* normalmente é representado por ações, títulos de dívida pública, moeda de crédito e cotas em fundos de investimentos. Mas são emblemáticos da atual natureza especulativa das transações financeiras os papéis conhecidos como *derivativos*, tais como contratos a prazo de câmbio, baseados em índice de bolsa ou *swaps*. São, portanto, instrumentos de cobertura de investimentos ou para aposta especulativa sobre o comportamento dos preços dos mercados subjacentes ao qual estão vinculados, com ganhos potenciais nos dois sentidos do movimento de preços (em alta ou baixa) desde que tal movimento tenha sido corretamente previsto; em outras palavras, isso significa que os especuladores podem tirar dinheiro de divisas em queda, um contrassenso fundamental que, na prática, permite diluir uma dívida ainda não paga e vendê-la como lucro potencial para diversos outros compradores. Evidentemente, com isso, o potencial multiplicador do capital aumentou espetacularmente. Os *derivativos* são criados e operados por bancos comerciais, mercantis e companhias de seguros e, já em 1994, os lucros obtidos nessas transações representavam entre 15 e 65% (quinze e sessenta e cinco por cento) dos rendimentos. A falta de liquidez destes papéis teve um papel fundamental na recente crise da economia americana. Sobre o tema GUTTMANN, Robert. **As mutações do capital financeiro**, p. 83-85.

⁶³⁸ Novamente, ver a brilhante síntese de NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, p. 239-245

em fundos de pensão. O resultado, como bem demonstra a mais recente crise norte-americana, é o brutal endividamento da classe média, que observa sua aposentadoria desaparecer enquanto é expulsa de casa – a mesma que, anos antes, submeteu a sucessivas hipotecas para conseguir um crédito rigorosamente desnecessário.⁶³⁹ O problema se torna ainda mais grave quando, como efeito do ponto anterior, descobre-se a partir da rua que não há *empregos* à vista.⁶⁴⁰

Terceiro e último, também faz parte da reorganização do capitalismo nos últimos 35 (trinta e cinco) anos – concomitantes à emergência e consolidação da *Política Criminal Atuarial* – (c) o ataque da *ideologia neoliberal* ao “*Welfare State*”,⁶⁴¹ que calçado no mitificado ideal de *ação eficiente* persegue o objetivo de desmontagem total ou parcial do aparelho estatal para livrar o Capital das travas extra-econômicas que limitam seus movimentos, já que impossível superar suas contradições internas. Próprio do espaço de mercado e incorporado pelo Estado, o princípio da *eficiência* fez da *desregulamentação* seu “*leitmotiv*”, justificando o extenso processo de *privatização* que permitiu o ingresso da busca por lucratividade em áreas antes exclusivamente públicas. Nos países periféricos, isto representou a entrega ao grande capital transnacional de complexos industriais inteiros, bem como de serviços de primeira importância. A *globalização*, contudo, não teve o mesmo efeito sobre os países centrais, que dificilmente desregulamentaram seus mercados internos e ainda dependem de barreiras alfandegárias para garantir setores produtivos que se negam a enfrentar

⁶³⁹ Uma explicação bastante didática sobre causas e efeitos da crise norte-americana está exposta no documentário de FERGUSON, Charles H. *Inside Job*, de 2010.

⁶⁴⁰ O desaparecimento do *emprego* não é o mesmo que o desaparecimento do *trabalho*: o que existe é a dissociação do *trabalho* da *cidadania*, isto é, das garantias que vinham com ele e formavam o conceito de *emprego*. Neste sentido, os subempregados constituem uma massa cuja produção não é socialmente reconhecida. Isto é o que caracteriza o *regime* do *excesso negativo*: quando a dinâmica produtiva contemporânea excede os dispositivos institucionais de atribuição, reconhecimento e garantia da cidadania social, conforme DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, p. 68-69.

⁶⁴¹ Evidentemente, definir com precisão o que é *ideologia neoliberal* foge ao escopo do trabalho. Entretanto, não será exatamente um problema, porque a rearticulação do capitalismo se fez em base ao *senso comum* – e não ao conceito científico – de *neoliberalismo*, o que corresponde basicamente à vulgarização das formulações de Friedrich HAYEK e a uma concepção de homem (possessivo, competitivo e calculista), de sociedade (agregado fortuito, um meio para realização individual de propósitos privados) e de liberdade (como liberdade de mercado, dentro de uma necessária desigualdade entre os homens). A análise crítica é de NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. *Economia Política*, p. 236-237.

a tão celebrada quanto mentirosa *concorrência* inerente ao *livre mercado*. Por isso, ao mesmo tempo em que critica o Estado e funda um novo consenso entre a classe média para promover sua agenda,⁶⁴² a *ideologia neoliberal* reclama intervenção estatal para garantir suas privilegiadas condições de reprodução, sobretudo por meio de investimento público na indústria bélica – seja contra *inimigos externos* ou *internos* – e socorro em períodos de recessão. O que se propõe, enfim, é um *Estado mínimo* na proteção das necessidades sociais e *máximo* para satisfazer os interesses de Mercado.⁶⁴³

Como antecipado e não poderia ser diferente, o Direito foi alvo privilegiado deste discurso, que propunha *reformular* o conceito jurídico de *cidadania* para mitigar ou eliminar as garantias que sintetizam a luta do movimento operário e das classes trabalhadoras – convenientemente redefinidos como entraves ao desenvolvimento capitalista. Este conhecido movimento começa pela crítica aos direitos trabalhistas, passa por todas as garantias relativas à seguridade social do cidadão e chega, em última análise, aos limites normativos contra a violência institucional, relativizando-se princípios e regras em favor da *eficiência* no controle da sociedade. Em síntese, rejeita a proteção do indivíduo contra qualquer forma de opressão como principal função do Direito, transformando-o em mero instrumento para regular a resolução de conflitos conforme a lógica privada.⁶⁴⁴ Esta *flexibilização* dos direitos fundamentais – os quais, por definição, jamais poderiam ser relativizados – encontra uma de suas expressões mais cínicas na recente pretensão de que as *pessoas jurídicas* – nada mais do que a representação formal da propriedade dos meios de produção –

⁶⁴² Fala-se aqui, aliás, de uma classe média diferente, definida como “*PMC*” ou “*Professional Managerial Class*”, formada por assalariados que se dedicam ao trabalho imaterial no setor de serviços, embora não sejam proprietários dos meios para trabalho, e cuja principal função é reproduzir a cultura capitalista e as relações de classe. Síntese e crítica desta categoria em COHEN, Stanley. **Visions of Social Control**, p. 162-163.

⁶⁴³ Uma explicação bastante simplificada sobre este processo e a ilusão de *livre mercado* em CHOMSKY, Noam. **Para entender o poder**, p. 342-347. Exposição linear e sintética em NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, p. 235-239.

⁶⁴⁴ Assim, tendo em vista a impessoalidade e desburocratização que implicam, os efeitos da *Política Criminal Atuarial* no Direito Penal poderiam ser comparados àqueles produzidos pela *arbitragem* no Direito Privado. Resolvidos fora do Judiciário, por critérios objetivos, os impasses são resolvidos de maneira rápida, como é preciso ser quando *tempo é dinheiro*. FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **Actuarial Justice**, p. 174-175.

reclamem para si as mesmas prerrogativas constitucionais asseguradas às *peessoas físicas*, a demonstrar como é possível reduzir a humanidade a um simples ponto de imputação.⁶⁴⁵ De toda sorte, este não é senão mais um *epifenômeno* do *neoliberalismo*, cujos traços gerais são bastante familiares ao público acadêmico em geral e, por isso, autorizam aqui nada mais do que uma simples remissão a outros autores que trabalharam o tema com mais cuidado e competência.⁶⁴⁶

Encerra-se, deste modo, a curta digressão proposta e que, evidentemente, constitui uma brutal redução de um processo muito mais complexo e sujeito a várias reformulações para descrever com correição o cenário econômico após a primeira década do século XXI, que necessariamente não é o mesmo.⁶⁴⁷

Em todo caso, afastando-se dos perigos do anacronismo, estes delineamentos correspondem ao período que testemunha emergência e consolidação da *Política Criminal Atuarial* e, correções à parte, continuam em sua maior medida válidos na atual conjuntura político-econômica. Além disso, convém lembrar que a sucinta análise proposta não tem outro fim exceto delinear

⁶⁴⁵ Enquanto este absurdo processo que reconhece *humanidade* e *cidadania* às empresas ingressa no Brasil pela cumplicidade ou ignorância da maior parte dos constitucionalistas – em boa medida porque alienados da realidade porque profundamente envolvidos em estéreis especulações hermenêuticas – nos Estados Unidos representa hoje um dos principais pontos de conflito político. Isso especialmente depois da decisão por maioria da Suprema Corte do país no caso “*Citizens United v. Federal Election Comission*” (558 U.S. 50), datada de 20 de janeiro de 2010 e pela qual atribuiu às *peessoas jurídicas* o direito fundamental à liberdade de expressão (“*free speech*”), nos termos do que está previsto na “*Bill of Rights*”, como se conhecem as dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos. Partindo do pressuposto de que não pode haver limitação legal ao exercício de manifestação, por qualquer meio, de opinião e convicção política, assegurou às corporações o direito de gastarem uma quantidade ilimitada e insuscetível de controle de dinheiro em campanhas políticas, desde que não “coordenadas” com a campanha oficial dos candidatos – uma limitação risível, para dizer o mínimo. Constituíram-se, assim, os “*Super Comitês de Ação Política*” ou “*Super PAC’s*” como são conhecidos; nada mais do que um aglomerado de investidores secretos – protegidos, aliás, pelo direito à intimidade – que patrocina uma campanha paralela e não-oficial em favor de um ou outro candidato. Trata-se, como percebem a maioria dos analistas críticos, de uma enorme ameaça à democracia, porque viola qualquer controle de financiamento e das campanhas políticas e significa colocar em pé de igualdade seres humanos de carne e osso e entidades fictícias constituídas para representar interesses privados. Mais sobre os motivos e as consequências da referida decisão da Suprema Corte em CLEMENTS, Jeffrey D. **Corporations Are Not People**, p. 1-30. Especificamente sobre a ameaça à democracia que representam. HARTMANN, Thom. **Unequal Protection**, p. 170-186 e 315-330.

⁶⁴⁶ Por exemplo, CHOMSKY, Noam. **O Lucro ou as Pessoas?**, p. 21-46 e 101-139.

⁶⁴⁷ Apenas para ilustrar, seria impensável à época dos diagnósticos do ciclo de dependência econômica que o Brasil emprestaria dinheiro ao Fundo Monetário Nacional e não o inverso. A espantosa dinamicidade do capitalismo – mas que não implica na superação de sua contradição fundamental – pode ser bem ilustrada pelo prefácio ao Manifesto Comunista escrito vinte e cinco anos depois de sua primeira edição alemã, quando os autores reconhecem que boa parte do texto teria que ser reformulada para descrever condições de produção muito distintas daquelas de 1847. Ver MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**, Prefácio à edição alemã de 1872, p. 71-72.

contornos gerais para compreensão histórica do *referente teórico*, em relação ao qual se buscam agora adequações de sentido manifestas em práticas concretas.

Neste sentido, a denúncia da prática concreta vinculada às ações atribuídas à *Política Criminal Atuarial* é compartilhada pela maior parte dos criminólogos e sociólogos críticos que se dedicaram ao tema. Segundo eles, a orientação das práticas punitivas a partir da *lógica atuarial* é extremamente eficaz, praticamente feita sob medida, para o controle social da “*underclass*”, como desde a década de 80 se denomina o segmento da população que está oficialmente excluído da promessa de mobilidade social mediante regular integração econômica – e, por conta disso, do pleno acesso à *cidadania*.⁶⁴⁸ Espécie de subcategoria dentro da “*lower class*” e predominantemente formada por negros e hispânicos, a “*underclass*” constituiria, à vista disso, um grupo social *marginal* permanente e inevitável que habita as grandes cidades, incapazes de se submeter à exploração pelo trabalho assalariado, isto é, sem a menor possibilidade de acesso às raras posições de *emprego* remanescentes ou, o que é a mesma coisa, inúteis até mesmo para engrossar as fileiras do *exército de reserva*.⁶⁴⁹

Não é difícil perceber, como também o fazem os setores liberais, que o conjunto de seres humanos reunidos sob o rótulo de “*underclass*” é resultado direto do *desemprego estrutural*, vinculado à rearticulação contemporânea do capitalismo. Não obstante, sempre há entre os mais conservadores os cínicos que pretendem responsabilizá-los pela própria existência, afirmando que o traço distintivo desta subclasse não é a baixa renda, mas a conduta autodestrutiva de seus membros, *parasitas* que são do assistencialismo estatal. Partindo desta concepção, que sempre convida ao *extermínio*, Charles MURRAY propõe uma *classificação* profundamente estigmatizante associada a três personagens *típicos*

⁶⁴⁸ De fato, a expressão “*underclass*” se tornou popular na sociologia americana nos anos 80, embora os primeiros registros remontem a meados da década de 60, com referência explícita às comunidades negras que viviam em relativo isolamento em relação à cultura dominante. Vide WILSON, William Julius. **The Truly Disadvantaged**, p. 7-8. Sobre o consenso acerca da existência da “*underclass*” da década de 80 em diante, também HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos**, p. 404-405.

⁶⁴⁹ Os pobres urbanos se tornam, da perspectiva do poder, uma população inútil, incapaz de produzir lucro; a ideia é livrar-se deles e o sistema de justiça criminal é um dos melhores meios para isso, especialmente quando articulado com a ideia de *guerra às drogas* conforme CHOMSKY, Noam. **Para entender o poder**, p. 495-504. Mais em FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 443.

do cenário urbano: (a) os *criminosos incorrigíveis*, (b) as *mães solteiras* que tiveram filhos na adolescência e/ou nunca foram casadas e (c) os *jovens desempregados*, mais por falta de vontade do que oferta.⁶⁵⁰ Em resumo, o pertencimento à “*underclass*” não passaria pela pobreza, mas pela *imoralidade*, expressa sob a forma de *delinquência, promiscuidade e preguiça*.⁶⁵¹

De qualquer forma, apesar dos esforços de MURRAY e outros, a brutal evidência do *desemprego maciço* e da perenidade da *crise* acabou por obrigar mesmo os mais reacionários ideólogos a ampliar o alcance do conceito, o que abrandou sua forte conotação *higienista*. Tanto que, do final da década de 80 em diante, já se distinguem os membros da velha “*underclass*” – a *ralé* de sempre em sua *imoralidade* contumaz – da *nova geração* de excluídos, formada pelos inúmeros trabalhadores que, apesar de socialmente aderentes à cultura dominante, são incapazes de atender ao ideal das duas instituições que ideologicamente traduzem o modo de vida *normal* das sociedades ocidentais: *família* (monogâmica, biparental e estável) e *emprego* (registrado, masculino, único e suficiente). Percebe-se, pois, que a repercussão da rearticulação

⁶⁵⁰ MURRAY propõe uma saída simplista para eliminar a “*underclass*” e, de quebra, o “*Welfare State*”: acabar com os programas de assistência social do Estado e substituí-los pela distribuição pública e direta de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares) por ano para cada cidadão americano maior de 21 (vinte e um) anos, dos quais US\$ 3.000,00 (três mil dólares) seriam compulsoriamente destinados ao custeio de um plano de saúde privado. O discurso moralista do autor prega que, com esta estratégia e sem as atuais políticas paternalistas para atrapalhar, os membros da “*underclass*” teriam que assumir a responsabilidade pela própria vida, supondo que já não o fazem. Os efeitos de tal medida repercutiriam de maneira distinta, conforme a tipificação antes proposta. De início, (a) entende que seu “plano” não terá um grande efeito nos índices de *criminalidade*, o que faz sentido para alguém que está entre os que acreditam em *reincidentes crônicos* – e não são poucos. Contudo, no que se refere às (b) potenciais *mães solteiras*, imagina que a medida as obrigaria a fazer um cálculo utilitário sobre as vantagens de não ter filho antes dos 21 (vinte e um) anos para poder gastar o dinheiro consigo, levando-as a prevenir ou interromper a gravidez com mais frequência (efeitos semelhantes operariam na cabeça dos rapazes). Já para os (c) jovens desempregados, tendo eles agora renda própria, seriam confrontados com a possibilidade de ajudar com as despesas domésticas, o que os motivaria a sair de casa para custear a própria vida, rompendo assim o “ciclo” da pobreza – crença que não é estranha para os adeptos da mitologia do “*self-made man*”. Vide MURRAY, Charles. **In our hands**, p. 3-14 e 61-71. Para uma análise crítica, que inclui outros autores igualmente moralistas e suas cruzadas contra os principais dependentes de políticas sociais – notadamente mulheres – ver WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 85-89 e 149-161.

⁶⁵¹ Outra aproximação *moralista*, embora menos grosseira, foi feita por Lydia MORRIS, que inicialmente sustenta que sob o rótulo de “*underclass*” estão reunidos (a) os pobres que dependem de assistência social durante longos períodos – especialmente *mães solteiras* –, (b) as pessoas que trabalham ou passam a maior parte do tempo na rua, tais como *arruaceiros* hostis e dependentes químicos, (c) aqueles que vivem do comércio informal, inclusive de produtos *ilícitos* – ainda que não *criminosos* – e, finalmente, (d) os *vagabundos* relativamente pacíficos, como alcoólatras, mendigos etc. Seu estudo compreensivo, entretanto, alterou a opinião inicial da autora, como se pode perceber ao final do texto, que segue um tom muito mais conciliador. Ver MORRIS, Lydia. **Dangerous Classes**, p. 80-110.

capitalista é de tão expressiva que mesmo a direita se viu obrigada a desistir de remeter a uma *subcultura desviante* e voluntariamente dependente de benefícios sociais na descrição da “*underclass*”, assumindo-os como filhos legítimos das *décadas de crise* e reduzindo o traço da *imoralidade* à menor parte de seus membros.⁶⁵²

Mas é importante destacar que o relativo consenso sobre a origem da “*underclass*” como produto final da *reestruturação produtiva* não é suficiente, por si só, para despertar *solidariedade* social em favor daqueles que a integram, os quais não apenas sofrem discriminação por parte das classes alta, média e política,⁶⁵³ como também são vítimas de preconceito entre os mais pobres, como tão bem ilustra a distinção que se enraíza dentro da comunidade negra dos Estados Unidos entre “*blacks*” e “*niggers*”.⁶⁵⁴

Este é o motivo pelo qual, aliás, é comum a associação da “*underclass*” ao *lumpemproletariado*, com o qual compartilharia a mesma e desprezível falta de

⁶⁵² A mácula da *imoralidade*, portanto, não desapareceu por completo. Em acréscimo ao desemprego, o predomínio de famílias monoparentais continua a ser afirmado como característico da “*underclass*”, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, conforme MORRIS, Lydia. **Dangerous Classes**, p. 157-165.

⁶⁵³ O que inclui boa parte dos setores políticos mais progressistas dos Estados Unidos, normalmente vinculados ao partido democrata. Foi sob o governo de Bill Clinton, aliás, que a maior parte que a rede de seguridade social dos Estados Unidos construída desde a Segunda Guerra Mundial foi desmantelada, como narra WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 161-193. Um processo que não foi inventado, mas só se acentuou durante os dois mandatos de George W. Bush.

⁶⁵⁴ Diferenciando-se o “*bom*” do “*mau negro*”, “*blacks*” designaria os afrodescendentes associados aos “bons valores” da cultura americana, em seu culto à família, ética do trabalho e religião cristã. Uma excelente projeção do ideal de vida deste grupo remete à série “*The Cosby Show*”, seriado “*sitcom*” da década de 80 baseado nos problemas cotidianos de uma família negra de classe média-alta residente em Nova Iorque e perfeitamente integrada à comunidade. “*Nigger*”, por sua vez, remete ao termo utilizado pelos senhores de terra para se referir aos escravos e atualmente designaria os negros associados à criminalidade, ao uso e tráfico de drogas, à vagabundagem e ao desemprego voluntário. A diferenciação entre “*blacks*” e “*niggers*” foi bastante explorada por comediantes negros, sendo pioneiro Richard Pryor. Tornou-se também um dos principais textos de “*stand-up comedy*” do artista Chris ROCK, no premiado show **Bring the Pain**, gravado em 1996. O peso da palavra “*nigger*” é tão forte que existe um movimento que pretende banir a palavra do espaço artístico, encabeçado pelos chamados “*eradictionists*”. Fora da comunidade negra, o termo é provavelmente a mais grave ofensa racial dos Estados Unidos e tem substanciais implicações jurídicas. Toda a história da expressão “*nigger*”, inclusive a repercussão do termo na esfera judicial, no bom livro de KENNEDY, Randall. **Nigger**, p. 3-70.

consciência de classe – comparação que, eventual correção teórica à parte, certamente não faz muito por ajudá-la.⁶⁵⁵

De fato, poucos autores conseguem ultrapassar esta espessa cortina ideológica, em que pese seus mais óbvios erros de análise. Dignas de registro, neste sentido, as pertinentes observações Vincenzo RUGGIERO que, de partida, esclarece que se por um lado é verdade que à “*underclass*” falta mobilidade social, por outro é errado supor que ela não está economicamente integrada. Na verdade, sua integração vem pela realização de atividades *informais* – sejam elas *marginais, clandestinas, ilícitas* ou *criminosas* – que compensam a perda das tradicionais formas de obtenção de renda decorrentes do fim do *emprego* e do declínio do *Estado de Bem-estar Social*.⁶⁵⁶ Esta economia que garante sua sobrevivência, explica o autor, não se realiza no *mercado* – no sentido estrito e formal da palavra – mas no *bazar* localizado dentro do perímetro imaginário das *barricadas* socialmente construídas – por resistência ou imposição – e que *confinam sem confinar*, definindo os espaços nas grandes cidades. Todavia, e mais importante, este trabalho *informal* e *precário* – que é comum entre os setores mais carentes e que se caracteriza precisamente pelo trânsito entre *lícito* e *ilícito* – é uma própria consequência do processo de *flexibilização* da atividade produtiva, essencial à nova dinâmica do Capital. Em outras palavras, é produto da própria *economia formal*, que reclama cada vez mais *informalidade* para

⁶⁵⁵ Mas é importante uma ressalva. Originalmente, o termo *lumpemproletariado* serve de crítica aos setores oportunistas entre os trabalhadores que colaboraram com o golpe de Napoleão III: sua descrição reforça a deliberada e oportunista submissão deste segmento social aos interesses burgueses, de modo que tratá-lo como simples sinônimo de “*underclass*” parece equivocado, até porque anacrônico. Ver definição em MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**, p. 90-94. Embora parecido, o sentido da comparação é diferente em MELOSSI, Dario. **Cárcere, pós-fordismo e ciclo de produção da “canalha”**, p. 21-22.

⁶⁵⁶ RUGGIERO esclarece que são duas as principais modalidades de *economia oculta*, no sentido de definir o espaço produtivo e social dessas economias. A primeira e mais comum é a *informal*, relativa à produção e circulação de bens cuja natureza não é, em si, *ilegal*, ainda que ela possa se dar de maneira *ilegal* (ex., venda CDs e DVDs não licenciados). A segunda é a *economia do crime*, que se refere àquela em que os bens produtivos, serviços fornecidos e condições de produção e distribuição são todos oficialmente *ilegais* (ex., o comércio varejista de drogas ilícitas). RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados**, p. 69-71.

baratear seus custos de produção.⁶⁵⁷ RUGGIERO vai além: longe de constituir o bloco monolítico suposto nas definições pedestres, a “*underclass*” forma um grupo bastante heterogêneo e insuscetível de generalizações comportamentais que não estejam relacionadas, de partida, à baixa renda. Nesta perspectiva, é notório o oportunismo no uso político do termo, ao servir precisamente para dividir a classe baixa entre si, diminuindo sua capacidade de mobilização; longe de ser censurável, a mencionada falta de *consciência de classe* deve motivar a oposição e luta social, posto que não é espontânea, mas produto específico da ideologia dominante, consciente de que a divisão precede a conquista.⁶⁵⁸

Este é um sinal, aliás, dos motivos que fazem o Estado capitalista se preocupar tanto com a “*underclass*”, pois ela efetivamente se apresenta como um dos principais entraves ao seu desenvolvimento, ao apresentar-se como contradição performática de sua dinâmica.⁶⁵⁹ Por essa razão, enquanto democratas e republicanos discutem estratégias paliativas e divergentes para o problema – em regra, limitadas à eliminação, redução, reforma ou ampliação da *rede de auxílio social* (“*social safety net*”) – todos concordam no mesmo ponto: à falta de solução definitiva, esta *classe social* inevitável e indesejada – por isso, *perigosa* – precisa ser *controlada* de forma *racional*, para não afetar a já precária estabilidade das relações de produção e circulação de mercadorias.

Fundamental para este propósito, mas incapaz de atender com *eficiência* às novas demandas do Mercado, o sistema de justiça criminal precisou ser reorganizado conforme a nova configuração do Capital. O primeiro passo desta

⁶⁵⁷ Para ilustrar este ponto, basta lembrar que o ramo da construção civil é bastante conhecido, na Europa, por empregar imigrantes ilegais para baratear os custos de produção, sendo esta também uma tendência das atividades que exigem força de trabalho física pouco qualificada, como bem sabem os imigrantes mexicanos à espera de “bicos” nos Estados Unidos. De qualquer forma, a maneira regular pela qual as grandes empresas conseguem explorar o trabalho a baixo custo é mediante deslocamento das unidades produtivas para países periféricos, onde os salários são muito menores e a proteção estatal ao direito dos trabalhadores é mínima ou ausente, sendo esta uma forma de *regulamentar a desregulamentação*. Ver RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados**, p. 39-45.

⁶⁵⁸ Lapidar, RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados**, p. 37-39. É por este motivo que Dario MELOSSI se refere à “*underclass*” como “canalha”. Todavia, quando tomarem consciência de si e para si, então o anacronismo da prisão será novamente revelado pela Academia, e novas “alternativas” serão propostas tentando resgatar a utilidade social da penitenciária. MELOSSI, Dario. **Cárcere, pós-fordismo e ciclo de produção da “canalha”**, p. 23-24.

⁶⁵⁹ Para explorar o sentido da frase, remete-se aqui ao célebre prefácio de MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**, p. 3-8.

reformulação, por certo, foi trocar a finalidade preferencial do sistema punitivo, sabendo-se que manter o modelo disciplinar do cárcere *correcional* característico da fase de expansão da sociedade industrial – que conheceu seu apogeu no capitalismo *fordista* – não era mais uma opção. Oficialmente voltada para a “*underclass*”, logo se percebeu que não fazia sentido persistir no esforço para *ressocializar* pessoas que, para começo de conversa, nunca foram formalmente integradas.⁶⁶⁰ Contra seus membros, portanto, o argumento em favor da *incapacitação* era uma decisão lógica, que incentivava a criação e desenvolvimento de novas tecnologias para prevenção do *risco* mediante *vigilância*, *segregação urbana* e, principalmente, *contenção*, comprometendo-se a penitenciária com a *gestão* do *excesso negativo* de trabalhadores no *pós-fordismo*.⁶⁶¹

Longe de servir à produção e reprodução da *subjetividade operária*, desistia-se de transformar *pobre* em *proletário* via *prisionalização*; o objetivo da *contenção* não deveria ser outro que *gerenciar* os *inúteis* em uma espécie de *quarentena* sem justificativa médica. A *biopolítica* contemporânea se caracteriza, neste horizonte, pela negação da *disciplinariedade*, dirigindo-se à destruição da subjetividade, tendo em vista que a moralização destas almas não compensa o esforço.⁶⁶² Mesmo na distância dos séculos, os paralelos que se estabelecem aqui são notáveis: assim como os camponeses foram uma vez direcionados às “*workhouses*” no processo de *acumulação primitiva*, as *hordas* de

⁶⁶⁰ A ideia de ressocialização pela pena, portanto, não passava de uma piada de mau gosto, conforme FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **The new penology**, p. 444. Para os mesmos autores, o modo pelo qual a *Política Criminal Atuarial* lida com a “*underclass*” é semelhante à *gestão* dos palestinos pelos israelenses, que normalizam no cotidiano uma “guerra que não é guerra” para controlar toda uma população sem perspectiva de integração mais ampla na sociedade dominante ou participação em suas instituições. Ao contrário do que pode parecer, a comparação não é exagerada: mais jovens negros são mortos ou presos nos Estados Unidos do que palestinos nos territórios ocupados pelo exército de Israel. Isso sem falar no fato de que a *classe perigosa*, no primeiro caso, não é estrangeira, mas doméstica, o que exclui a possibilidade de ajuda internacional para encontrar uma solução política. FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **Actuarial Justice**, p. 193-196.

⁶⁶¹ DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 25-31.

⁶⁶² O trânsito do *fordismo* ao *pós-fordismo*, portanto, se apresenta como um domínio imperial construído para o controle *biopolítico* da *multidão*, apresentando-se como “puro comando” isto é, sem se importar com as determinações singulares da força de trabalho, pois seu objeto é o coletivo e não o individual. A *biopolítica*, portanto, se afasta de seu reduto disciplinar. Mais sobre a temática dos últimos parágrafos em DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 42-45, 50-51, 81 e 112.

desempregados são hoje encaminhadas às “*warehouses*”,⁶⁶³ estruturas que não se mantêm com a pretensão de ensinar um ofício ou corrigir um defeito moral, restringindo-se a armazenar os muito *indóceis* e *inúteis*, em fúnebre homenagem à “*Bridewell House of Correction*” de Londres e ao “*Hôpital général*” de Paris.⁶⁶⁴ As eventuais objeções éticas sustentadas pelo ideal de *prevenção especial positiva*, como visto, foram rapidamente absorvidas, seja pelo argumento financeiro, seja pela pesquisa científica que saiu à caça dos *predadores sociais*, respaldando-se o retorno à *incapacitação*.

Para torná-la *seletiva*, contudo, reclamava-se uma nova forma de operacionalização do sistema de justiça criminal, capaz de incorporar as transformações recentes para reduzir os custos do empreendimento encarcerador – sociais e financeiros – ao máximo. A escolha de *instrumentos atuariais* para esta tarefa, ao invés de retratar oportunismo, também é coerente com o processo de transformação das relações de produção, como se explica.

Depois de definido e pacificado, o fim maior de *neutralização* da “*underclass*” se tornou o “*point of no return*” do sistema de justiça criminal estadunidense. O desafio, então, passou a ser *racionalizar* os meios para execução deste projeto de acordo com as exigências da rearticulação capitalista antes esboçada – sobretudo àquelas postas pelo *princípio da eficiência* – calculando-se em seguida os efeitos colaterais necessários e possíveis, desejados e indesejados, como convém às ações instrumentais. Missão para a qual dificilmente se descobriria uma *racionalidade* mais adequada do que a ditada pela *lógica atuarial*.

Responsável por ajustar as estratégias de controle social às premissas da (a) *reestruturação produtiva*, (b) *financeirização do capital* e (c) *ideologia neoliberal*, a *lógica atuarial* desempenhou tão bem seu papel que descrever tal

⁶⁶³ Sintetizado na obra-prima de MARX, Karl. **O Capital**, p. 827-877.

⁶⁶⁴ Destinadas essencialmente a recolher os pobres, mantê-los longe dos centros sociais e garantir a higiene urbana, a primeira *Casa de Correção* data de 1555 e foi estabelecida na Inglaterra naquilo que foi um palácio até 1522, sinalizando os primeiros indícios do declínio do poder feudal. Já o primeiro dos vários *Hospitais gerais* para contenção dos vagabundos, mendigos etc. foi fundado em 1656, na França. Instituições semelhantes são, na Holanda e Alemanha, os “*Zucht-*” e “*Spinnhaus*” respectivamente, conforme descrição clássica em RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**, p. 41-52.

adequação pode chegar a ser redundante. Mesmo assim, trata-se de um exercício necessário, reconstruído pela ordem que se apresentaram, na medida do possível.

Primeiro, a *lógica atuarial* mimetiza o processo de *automação* que é elementar à *reestruturação da atividade produtiva* ao incorporar novas tecnologias no sistema de justiça criminal, que se operacionaliza de modo mais *eficiente* ao diminuir a possibilidade de interferência externa – normativa ou pessoal – na *criminalização secundária*. Força com isso, também, a adaptação dos agentes da criminalização aos *instrumentos atuariais* de seleção; os trabalhadores direta ou indiretamente envolvidos na dinâmica da competência punitiva – carcereiros, médicos, psicólogos, policiais, promotores, advogados e juízes – devem mostrar *flexibilidade* e se provar bons *gestores*, pendendo sobre eles a ameaça de serem substituídos por *técnicos* mais competentes no exercício dessa *racionalidade*, os quais ainda contam com a vantagem adicional de não trazerem consigo os conflitos morais inerentes ao exercício da violência para controle social.⁶⁶⁵ Abre-se, portanto, o espaço para uma mais intensa exploração da *força de trabalho* dos agentes da repressão, que com o mesmo ou menor contingente conseguem prender, processar, julgar e manter presos uma maior quantidade de indivíduos. Concomitantemente, observa-se a gradual *terceirização* da justiça, deslocando-se parte da competência punitiva para critérios e profissionais fora do campo estatal, o que articula a *produção* de *criminosos* com o *setor de serviços*, de modo semelhante ao que acontece na atividade industrial contemporânea, e do qual o melhor exemplo se vislumbra no processo de *privatização* da *gestão* penitenciária. Por fim, a nova filosofia carcerária do sistema de “*warehousing*” mostra-se integralmente compatível com a *otimização* dos estoques, aderindo em escala ao projeto de “*lean production*”, especialmente em suas dimensões funcional e estética.⁶⁶⁶

⁶⁶⁵ O período *pós-fordista* das relações de produção atuais produz, portanto, uma nova moralidade, que é na verdade uma falta de moralidade, que esvaziou o conteúdo ético da criminalização; ou seja, as mudanças estruturais trouxeram uma nova *racionalidade* para o crime, que agora se expressa em termos discursivos. Vide DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 89.

⁶⁶⁶ A artificialidade estética destas novas penitenciárias, profundamente mecanizadas para reduzir ao máximo o contato humano, pode ser bem compreendida na descrição da “*Twin Towers Correctional Facility*” em WAQCUNANT, Loïc. **Punir os pobres**, p. 313-320.

Segundo, a escolha em favor da *lógica atuarial* para orientar o sistema de justiça criminal também está em sintonia fina com a *financeirização* do Capital antes sucintamente descrita, até porque expressão mais acabada de sua *securitização*. Neste ponto, a simultaneidade das tendências *gerencialista* e *internacional* da *Política Criminal* contemporânea é emblemática, articulando-se tanto na *criminalização primária* – mediante tipificação das ações que afetam as novas *áreas de risco* de interesse global – quanto *secundária* – mediante dissolução da territorialidade para controle preventivo. Controle este que, por sinal, está anos-luz da retórica libertária dos tratados internacionais de direitos humanos e não é outra coisa exceto a reinstituição dos Estados de Sítio transnacionais, que compartilham informações para controle da mobilidade de indivíduos *perigosos* ou de *alto risco*, especialmente identificadas entre os *vizinhos famintos* (“*hungry neighbors*”) que rodeiam os centros do poder econômico global e cujo acesso não é mais impedido por uma *cortina de ferro*, mas pela *cortina do visto*.⁶⁶⁷

Terceiro, ao afastar a disciplina normativa dos *processos de criminalização* a *lógica atuarial* verticalizou a *ideologia neoliberal* dentro do sistema de justiça criminal, *desregulamentando* o exercício da competência punitiva em nome do *princípio da eficiência*. Soltando-se das amarras do Direito Penal, a progressiva incorporação de *instrumentos atuariais* na direção da *seletividade* dos *processos de criminalização* vai também obstruir a possibilidade de intervenção humana para descriminalização, deliberadamente confundindo *discrecionariade* com *arbitrariade* para negar legitimidade às interferências que partem de uma *racionalidade não-sistêmica*. O resultado é uma justiça penal *pasteurizada* e insensível, porque *automatizada*. Na perspectiva teórica, esta *racionalização* coincide com o profundo *desencantamento* dos criminólogos com a *questão criminal*, que se expressa na maior parte dos textos desde então. Depois de sucumbir à exacerbada convocação pragmática – a privilegiar o “*what works*” em detrimento ao “*what’s fair*” – estes autores se intitulam de *realistas*, no que renunciam ao dever científico de explicar as determinações do *crime* para

⁶⁶⁷ CHRISTIE, Nils. *Crime Control as Industry*, p. 74-77.

se acomodar a generalizações voluntariamente “*pré-labeling*”.⁶⁶⁸ Com o flanco teórico desguarnecido, os teólogos do *livre mercado* invadiram com relativa facilidade o espaço público em busca de novos nichos para exploração capitalista. Em pouco tempo, a *racionalidade burocrática* foi tomada pela retórica do *eficientismo*, não raro incorporando-a formalmente – como aconteceu no caso brasileiro via emenda constitucional. O conjunto das estratégias para prevenção, repressão e tratamento das consequências da *criminalidade* foi, enfim, integrado à dinâmica da *privatização*, que soube aproveitar a crescente demanda por *vigilância* e, principalmente, *prisão*.

Mas apesar de tudo o que foi descrito, ainda que se considerem com cuidado as particularidades do sistema de justiça criminal contemporâneo, não pareceria de todo equivocado sustentar que, em princípio, falta novidade à crítica formulada, dado que todos os *projetos* de controle social do Estado capitalista – sejam *lombrosianos* ou *governamentais* – sempre estiveram comprometidos com a manutenção da desigualdade de classe e ajustadas ao modo de produção da vida social. Em outras palavras, a “*underclass*” de hoje é encarnação da “*Gemeinschaftsfremde*” de ontem e não haveria nada de novo sob o sol; a prisão continuaria a ser primariamente um lugar para *confinamento* das *classes perigosas* e a *Política Criminal Atuarial* apenas outra espécie da mesma e genérica *Criminologia da Repressão*.⁶⁶⁹

Todavia, parece sim existir uma diferença, que se identifica precisamente na crescente falta de esforço das agências de controle social em ocultar esta orientação de sentido do sistema de justiça criminal, do qual é claro sintoma o referido *desencantamento* dos criminólogos, depois travestido de *pragmatismo*. A outrora fundamental aparência de *neutralidade* assegurada pelo Estado – especialmente graças à legitimidade outorgada pelos mecanismos de representação formal – parece perder importância diante de uma sociedade

⁶⁶⁸ Diversos textos vestem bem esta carapuça. Veja-se, por exemplo, a resituição do paradigma do crime como “livre escolha” individual em WILSON, James Q. e HERRNSTEIN, Richard J. **Crime and Human Nature**, p. 19-66; apostando na baixa capacidade de “autocontrole”, GOTTFREDSON, Michael e HIRSCHI, Travis. **A General Theory of Crime**, p. 85-120.

⁶⁶⁹ Gênero que compreenderia todas as espécies da *Criminologia* positivista, conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia da Repressão**, p. 1-7.

descrente em alternativas mais humanas e radicais e, por isso, disposta a admitir a *Política Criminal Atuarial* como única medida *racional* contra a *criminalidade*.⁶⁷⁰

O que torna único este projeto de *gestão* diferencial orientada por *prognósticos de risco*, portanto, não é seu alvo preferencial – os *marginalizados* de sempre – mas a voluntária renúncia em buscar justificativas éticas, normativas ou científicas para a violência, assumindo que características intrínsecas ao grupo social perseguido sejam cinicamente assimiladas como *fatores* constitutivos de um *perfil de risco*. Isto, em termos de ciência política, não é pouca coisa, sobretudo à luz daquela tradicional definição crítica do Estado capitalista, como estrutura de dominação de classe que não se revela como tal.⁶⁷¹

Esta aparentemente inédita permissividade de uma justiça *sem vergonha* aparece avalizada pela própria sedimentação do conceito de “*underclass*”, que traduz a *reificação* da pobreza. Fora da crítica radical, aceitar sua existência praticamente equivale a admitir sua inevitabilidade e, portanto, *naturalizar* a injustiça do Capital, isto é, admitir o fictício paradigma do *fim da história*.⁶⁷² Fundando-se o consenso de que não há solução, não resta opção exceto a tentativa de *controle*, o que deixa o caminho aberto para a *Política Criminal Atuarial* produzir uma *quantidade razoável de criminalidade*.⁶⁷³

Por certo, reconhecer a evidência de uma população permanentemente *marginalizada* e *racionalizar* a *seletividade* do sistema de justiça criminal implica o gravame inerente à negação expressa de parte do receituário ideológico liberal, pronunciando-se *Urbi et Orbi* que todos não são iguais perante a lei e que o acesso à *cidadania* depende da utilidade econômica do ser. Em contrapartida,

⁶⁷⁰ Para os fundamentos desta crítica, que se apresenta a seguir, ver TAYLOR, Ian. **Crime in Context**, p. 195.

⁶⁷¹ Sobre os complexos mecanismos pelos quais a *racionalidade sistêmica* de Mercado consegue colonizar o espaço estatal e, de maneira aparentemente oculta, dirigir as políticas públicas de *regulação* e *repressão* em favor de seus interesses no longo prazo, indispensável OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p. 140-174.

⁶⁷² A permissividade na destruição da “*underclass*” se dá, assim, porque a distribuição desigual dos meios de produção já foi socialmente naturalizada, isto é, internalizada como condição necessária da vida social. Na mesma toada DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 46-47.

⁶⁷³ Expressão que remete ao título de recente obra de CHRISTIE, embora o autor não avance sobre o sentido da crítica aqui delineada, como se pode comprovar em CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**, p. 32-39.

este ousado movimento do Estado capitalista também é o que lhe permite desistir de tentar escamotear seus propósitos reais mediante disfarces científicos mais elaborados – no fundo, porque é o próprio *perfil* que determina a *seletividade* – ou de formular e implementar as políticas de segurança pública a partir do discurso dos direitos fundamentais.

Importante a ressalva, na esteira do que foi antes escrito, de que em sua origem a *incapacitação seletiva* efetivamente se estruturou sobre novas teorias *etiológicas*, notadamente daquelas que se valeram da metodologia do “*birth cohort*” para encontrar *incorrigíveis* e *predadores*. Contudo, mesmo aqui a preocupação em descobrir as determinações do comportamento *criminoso* mediante comparação é desprezada face ao imperativo de identificar corretamente estes infelizes predestinados ao cárcere. A apatia ou desprezo em relação às causas é consistente com o redirecionamento da repressão, do indivíduo para o coletivo, da *ressocialização* do *proletariado* para a *incapacitação* dos *miseráveis*. Em outras palavras, o uso de *prognósticos de risco* para fins de *incapacitação seletiva* expressa uma *gestão eficaz da pobreza*, garantindo as relações de classe e a desigualdade social sem sequer ter que esconder tal orientação. A perversão instalada pela *Política Criminal Atuarial* é de tal ordem que normaliza a *economia política* do sistema de justiça criminal, antes mascarada por um discurso liberal e diferentes teorias criminológicas. Conjugam-se, portanto, *racionalidade formal* e *material* do sistema de justiça criminal.

Seguramente foi tremenda a colaboração da *retórica do risco* para este fim, porque ao reorientar a *criminalização secundária* a partir da mais e geral noção de *risco*, autorizou o despudorado exercício da competência punitiva. Lembrando-se que *risco* não é um dado empírico, mas uma forma de compreensão do real, definir um problema social a partir da noção de *risco* representa uma escolha de natureza política, que trata *criminoso* e *crime* como se fossem problemas abstratos, afastando ou reduzindo a uma mera questão *técnica* de custo as exigências ético-jurídicas inerentes ao exercício da violência contra pessoas e fatos concretos. Por esta via, a solução para a *criminalidade* se limita a

não mais do que um exercício de *cálculo*.⁶⁷⁴ Ao redefinir a “*underclass*” como um *grupo de risco* – e não se trata, por certo, de um grupo pequeno – a ser *gerido* mediante *incapacitação seletiva*, a *racionalidade técnica-contábil* artificialmente transforma suas determinações sociais em etéreos *fatores de risco*, superando as mais óbvias contestações normativas.

Assim, a grande diferença – que, finalmente, permitiria defini-la como a *Criminologia do fim da história* – é que ela não tem constrangimento em admitir sua orientação classista, evidentemente acompanhada de uma adicional carga racista, xenófoba, sexista, moralista etc. Antes, e em sentido oposto, incorpora tais *metarregras* determinantes da *criminalização secundária* e as toma – juízos de valor e determinações sociais à parte – como *fatores de risco*. Não por outro motivo, além do (a) *sub- ou desemprego*, (b) *raça*, (c) *nacionalidade*, (d) *uso ou dependência de drogas ilícitas*, (e) *baixa escolaridade*, (f) *pouca idade*, (g) *relações familiares conflituosas* e (h) *comportamento sexual desviante ou promíscuo* – segundo a moral burguesa – estejam entre os critérios mais frequentes e contabilizados para constituição de um *perfil de alto risco*.

⁶⁷⁴ A advertência, por certo, não é nova, como se pode ler no hoje clássico texto de DOUGLAS, Mary e WILDAVSKY, Aaron. **Risk and Culture**, p. 1-15.

Considerações finais

Política Criminal Atuarial designa a reunião frouxa dos discursos e práticas que correspondem ao *paradigma* emergente para controle dos *marginalizados* nos Estados capitalistas ocidentais contemporâneos.

Afim ao *gerencialismo*, a proposta orbita em torno do ideal de *gestão eficiente* da *criminalidade* para *racionalizar* a *seletividade* de um sistema de justiça criminal comprometido com a *incapacitação* mediante incorporação de *instrumentos atuariais*, que tornam o exercício da repressão uma rotina literalmente *mecânica*.

Seu objetivo é, em última análise, *gerenciar* a “*underclass*”, no que se aproxima dos *projetos governamentais* historicamente conhecidos, que deturpam todo o discurso jurídico em função da instrumentalização de seus interesses.

Assim, a única – e grande – diferença que representa em relação às estratégias de controle social conhecidas parece ser a *naturalização* da repressão contra os *marginalizados* que promove, capaz de desprezar o disfarce ideológico pelo qual a teoria jurídica do crime e da pena tradicionalmente racionalizam as práticas punitivas. Dispensa-se, assim, a necessidade de uma *Criminologia*, no sentido estrito de uma ciência dedicada à investigação das determinações do *crime* e do *criminoso*.

Esta falta de preocupação na justificação no exercício da violência é extremamente preocupante e constitui um desafio aberto ao Estado Democrático de Direito, porque ignora qualquer limitação normativa e supera mesmo as mais explícitas contradições internas.

Só pode ser formulada e persistir, portanto, em um ambiente que já sacralizou a *racionalidade* de Mercado como dominante, destituindo-se a sociedade de uma preocupação ética fundamental.

Neste sentido, é importante lembrar aqui, especialmente para os teóricos que se renderam ou estão por se render a esta proposta, que a história não acabou.

Na verdade, resistir contra a tentativa de ocultar a *luta de classes*, por meio da qual o Estado capitalista pretende se eternizar, parece ser o ponto de

partida necessário para qualquer nova teoria criminológica. Mais do que nunca, é preciso voltar à *Criminologia – Crítica*, por certo – antes de por as mãos em qualquer doutrina penal.

Não há nada de *natural* na *exploração* e *criminalização* da classe trabalhadora, mas superar essa condição requer resgatar seu protagonismo, lembrá-la de seu potencial universal para transformação da realidade social. Nada pode ser tão atual, portanto, quanto aquele excerto do último discurso de Salvador ALLENDE, presidente eleito democraticamente e deposto em um brutal golpe militar arquitetado pelos mesmos ideólogos que articularam a *gestão eficiente* da *criminalidade* em seu país. Reivindica-se o direito de construir a própria história, porque “*la historia es nuestra, y la hacen los pueblos*”.

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Lo que queda de Auschwitz**: el archivo y el testigo (Homo sacer III). Trad. Antonio Gimeno Cuspinera. 2. ed. Valência (Espanha): Pre-textos, 2005.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2010.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2008.

AUGIMERI, Leena K., KOEGEL, Christopher. J., LEVENE, Kathryn. S. e WEBSTER, Christopher D. **Early assessment risk list for boys**: EARL-20B. Toronto (Canadá): Earls court Child and Family Centre, 1998.

AUGIMERI, Leena K., KOEGEL, Christopher. J., LEVENE, K. S., PEPLER, Debra J., WALSH, Margaret M. e WEBSTER, Christopher D. **Early Assessment Risk List for Girls**: EARL-21G. Versão 1. Toronto (Canadá): Earls court Child and Family Centre, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal**: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Compilación *in memoriam*. Colección Memoria Criminológica, n. 1. Montevideo (Uruguai): B de f, 2004, p. 57-88.

BARATTA, Alessandro. **Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado da las Ciencias Penales, la Política Criminal y el Pacto Social**. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Compilación *in memoriam*. Colección Memoria Criminológica, n. 1. Montevideo (Uruguai): B de f, 2004, p. 168-198.

BARATTA, Alessandro. **Política Criminal**: entre la Política de Seguridad y la Política Social. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Compilación *in memoriam*. Colección Memoria Criminológica, n. 1. Montevideo (Uruguai): B de f, 2004, p. 152-167.

BARATTA, Alessandro. **Principios del Derecho Penal Mínimo** (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Compilación *in memoriam*. Colección Memoria Criminológica, n. 1. Montevideo (Uruguay): B de f, 2004, p. 299-333.

BARATTA, Alessandro. **Tiene Futuro la Criminología Crítica?** Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales y la interdisciplinariedad externa. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Compilación *in memoriam*. Colección Memoria Criminológica, n. 1. Montevideo (Uruguay): B de f, 2004, p. 139-151.

BARTLETT, Annie. **Medical models of mental disorder**. In: BARTLETT, Annie e McGAULEY, Gill (Orgs.). *Forensic Mental Health: concept, systems, and practice*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, 2010, p. 5-20.

BATISTA, Nilo. **Sobre el filo de la navaja**. In: Revista EPOS. Genealogia, Subjetivizações e Violência. Vol. 2, n.1. Rio de Janeiro: jan-jul, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti e ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernity and the Holocaust**. Ithaca (Nova Iorque): Cornell University Press, 2000.

BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, 1978.

BECKER, Gary S. e BECKER, Guity Nashat. **The Economics of Life: From Baseball to Affirmative Action to Immigration, How Real-World Issues Affect Our Everyday Life**. Nova Iorque (EUA): McGraw-Hill, 1997.

BEIRNE, Piers. **Adolphe Quetelet and the Origins of Positivist Criminology**. In: *American Journal of Sociology*. Vol. 92, n. 5. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, mar. 1987, p. 1140-1169.

BELLASSAI, John P. e TABORG, Mary A. **Attempts to Predict Pretrial Violence: Research Findings and Legislative Responses**. In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p. 101-122.

BENTHAM, Jeremy. **Panopticon: or the Inspection-House, containing the Idea of a New Principle of Construction applicable to any sort of establishment, in which persons of any description are to be kept under inspection; and in particular to Penitentiary-houses, Prisons, Houses of Industry, Work-houses,**

Poor-houses, Manufactories, Mad-houses, Lazarettos, Hospitals and Schools, with a plan of management adapted to the principle, in a series of letters written in the year 1787, from Crecheff in the White Russia to a friend in England. In: BOWRING, John (Ed.). *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. 4. Nova Iorque (EUA): Russel and Russel Inc., 1962, p. 37-172.

BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods**: The remarkable story of risk. Nova Iorque (EUA): John Wiley & Sons Inc., 1996.

BLACK, Edwin. **IBM and the Holocaust**: the strategic alliance between Nazi Germany and America's most powerful corporation. Nova Iorque (EUA): Crown Publishers, 2001.

BLUMSTEIN, Alfred; COHEN, Jacqueline; ROTH, Jeffrey A. e VISHNER, Christy A. (Orgs.). **Criminal Careers and "Career Criminals"**. Vol. I. Washington D.C. (EUA): National Academy Press, 1986.

BOYNE, Roy. **Foucault and Derrida**: the other side of reason. Londres (Inglaterra): Unwin Hyman, 1990.

BRUCE, Andrew A., BURGESS, Ernest W. e HARNO, Albert J. **A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois**. In: *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*. Vol. XIX, n. 1, pt. 2. Chicago (Illinois): Northwestern University Press, mai., 1928, p. 1-306.

BRUCE, Andrew A., BURGESS, Ernest W. e HARNO, Albert J. **The Workings of the Indeterminate-Sentence Law and the Parole System in Illinois**: a Report to the Honorable Hinton G. Clabaugh, Chairman, Parole Board of Illinois. Springfield (Illinois): State of Illinois Board of Parole and Pardon, 1928.

BRYSON, Bill. **At home**: a short history of private life. Nova Iorque (EUA): Doubleday, 2010.

BUCKLE, Henry Thomas. **History of Civilization in England**. Vol. 1. Londres (Inglaterra): John W. Parker and Son, 1857.

BURGESS, Ernest W. **Factors Making for Success or Failure on Parole**. In: COTTRELL Jr., Leonard S., HUNTER, Albert e SHORT Jr., James F. *Ernest W. Burgess on Community, Family and Delinquency*. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1973, cap. 12, p.201-219.

BURGESS, Ernest W. **Protecting the Public by Parole and by Parole Prediction**. In: COTTRELL Jr., Leonard S., HUNTER, Albert e SHORT Jr., James F. *Ernest W. Burgess on Community, Family and Delinquency*. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1973, cap. 13, p. 220-232.

BURGESS, Ernest W. **Can potential delinquents be identified scientifically?** In: COTTRELL Jr., Leonard S., HUNTER, Albert e SHORT Jr., James F. *Ernest W. Burgess on Community, Family and Delinquency*. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1973, cap. 14, p. 233-243.

BURGESS, Ernest W. e COTTRELL Jr., Leonard S. **Predicting Success or Failure in Marriage**. Nova Iorque (EUA): Prentice-Hall, 1939.

BURGESS, Ernest W., MCKENZIE, Roderick D. e PARK, Robert E. **The City**. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1925.

BURGESS, Ernest W. e PARK, Robert E. **Introduction to the Science of Sociology**. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1921.

BLUMSTEIN, Alfred; FARRINGTON, David P. e PIQUERO, Alex R. **Key Issues in Criminal Career Research: New Analyses of The Cambridge Study in Delinquent Development**. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press, 2007.

CHAIKEN, Jan e CHAIKEN, Marcia. **Redefining the Career Criminal: Priority Prosecution of High-rate Dangerous Offenders**. In: *Issues and Practices in Criminal Justice*, s.n. National Institute of Justice (EUA), 1990.

CHAMPION, Dean J. **Measuring Offender Risk: a Criminal Justice Sourcebook**. Westport (Connecticut): Greenwood Press, 1994.

CHESNAIS, François. **Introdução Geral**. In: CHESNAIS, François (Coord.). *A Mundialização Financeira: gênese, custos e riscos*. Trad. Carmen Cristina Cacciaccaro, Luís Leiria, Silvana Foá e Valéria Coêlho da Paz. São Paulo: Xamã, 1998, p. 11-33.

CHOMSKY, Noam. **O Lucro ou as Pessoas?** Neoliberalismo e a Ordem Global. 5. Ed. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CHOMSKY, Noam. **Para entender o poder: o melhor de Noam Chomsky**. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry: towards Gulags, Western Style**. 3. ed. rev. e ampl. Londres (Inglaterra): Routledge, 2009.

CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**. Londres (Inglaterra): Routledge, 2004.

CICOUREL, Aaron Victor. **The Acquisition of Social Structure: Toward a Developmental Sociology of Language and Meaning**. In: DOUGLAS, Jack D. (Org.). *Understanding Everyday Life: Toward the Reconstruction of Sociological*

Knowledge. Londres (Inglaterra): Routledge e Kegan Paul Ltd., 1971, p. 136-168.

CICOUREL, Aaron Victor. **Delinquency and the Attribution of Responsibility**. In: SCOTT, Robert A. e DOUGLAS, Jack D. (Orgs.). *Theoretical perspectives on Deviance*. Nova Iorque (EUA): Basic Books, 1972, p. 142-157.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia da Repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2011.

CLEAR, Todd R. **Probation, Parole, and Minimum Security**. In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p.141-152.

CLEMENTS, Jeffrey D. **Corporations Are Not People**: Why They Have More Rights Than You Do and What You Can Do About It. Berret-Koehler. São Francisco (Califórnia): 2012.

CLOWARD, Richard e OHLIN, Lloyd. **Delinquency and Opportunity**: a Theory of Delinquent Gangs. Glencoe (Illinois): Free Press Paperback, 1960.

COHEN, Stanley. **Visions of Social Control**: Crime, Punishment and Social Control. Cambridge (Inglaterra): Polity Press, 1985.

CONRAD, John P. **The Future of Prediction**: Right, Duties, and Loose Concepts. In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p. 21-34.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 5. ed. Boston (Massachusetts): Pearson, 2007.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELEUZE, Gilles. **Bergson**: 1859-1941. In: *L'Île Déserte et autres textes*: Textes et Entretiens (1953-1974). Edição preparada por David Lapoujade. Paris (França): Les Éditions de Minuit, 2002, p. 22-31.

DE MOIVRE, Abraham. **The Doctrine of Chances** or a Method of Calculating the Probabilities of Events in Play. 3. ed. Londres (Inglaterra): A. Millar, 1756.

DERRIDA, Jacques. **Writing and Difference**. Trad. Alan Bass. Londres (Inglaterra): Routledge, 2005.

DOUGLAS, Mary e WILDAVSKY, Aaron. **Risk and Culture: An Essay in the Selection of Technological and Environmental Dangers**. Berkeley (California): University of California Press, 1997.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M.E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. **The Prediction of Criminal Violence**. Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987.

EWALD, François. **Insurance and Risk**. In: BURCHELL, Graham, GORDON, Colin e MILLER, Peter (Orgs.). *The Foucault Effect: Studies in Governmentality – with two lectures and interview with Michel Foucault*. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, 1991, p. 197-210.

FARRINGTON, David P. **Childhood Risk Factors and Risk-Focused Prevention**. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod e REINER, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. 4. ed. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, 2007, p. 602-640.

FARRINGTON, David P. e WEST, Donald J. **The Delinquent Way of Life: Third Report of the Cambridge Study in Delinquent Development**. Londres (Inglaterra): Heinemann, 1977.

FARRINGTON, David P. **Key Results from the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development**. In: KROHN, Marvin D. e THORNBERRY, Terence P. (Orgs.). *Taking Stock of Delinquency: An Overview of Findings from Contemporary Longitudinal Studies*. Nova Iorque (EUA): Plenum Publishers, 2003, p. 137-183.

FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. **Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law**. In: NELKEN, David (Org.). *The Futures of Criminology*. Londres (Inglaterra): Sage, 1994, p. 173-201.

FEELEY, Malcolm M. e SIMON, Jonathan. **The new penology**. In: McLAUGHLIN, Eugene. MUNCIE, John e HUGHES, Gordon (Orgs.). *Criminological Perspectives: Essential Readings*. 2. ed. Londres (Inglaterra): Sage, 2005, p. 434-446.

FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1972.

FIGLIO, Robert M., TRACY, Paul E. e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency Careers in Two Birth Cohorts**. Nova Iorque (EUA): Plenum Press, 1990.

FIGLIO, Robert M., THORNBERRY, Terence P. e WOLFGANG, Marvin E. **From Boy to Man, from Delinquency to Crime**. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, 1987.

FISHER, Ronald. **Some Hopes of a Eugenist**. In: *Eugenics Review*. Vol. 5, p. 309-315, 1914.

FISHER, Ronald. **The Correlation between Relatives on the Supposition of Mendelian Inheritance**. In: *Transactions of the Royal Society of Edinburgh*. Vol. 52, p. 399-433, outubro de 1918.

FORRESTER, Viviane. **O Horror Econômico**. Trad. Álvaro Lorencini. 7. reimp. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité: La volonté de savoir**. Vol. 1. Paris (França): Gallimard, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Politics and the Study of Discourse**. In: BURCHELL, Graham, GORDON, Collin e MILLER, Peter. *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. Londres (Inglaterra): Harvester Wheatsheaf, 1991. p. 53-72.

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: naissance de la prison**. Paris (França): Gallimard, 2006.

FRIEDMAN, Milton e Leonard J. SAVAGE. **The Utility Analysis of Choices Involving Risk**. In: *Journal of Political Economy*. Vol. 56, n.4. Chicago (Estados Unidos): The University of Chicago Press, ago. 1948, p. 279-304.

FROMM, Erich. **Afterword**. In: ORWELL, George. 1984. Nova Iorque (EUA): Signet Classic, 1950, p. 314-328.

FROMM, Erich. **On Disobedience and Other Essays**. Nova Iorque (EUA): The Seabury Press, 1981.

FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. Londres (Inglaterra): Penguin Books, 1992.

GABOR, Thomas. **The Dangerous Criminal and Incapacitation Policies**. Fac-símile da Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Filosofia da

Universidade de Ohio em 1983. Ann Arbor (Michigan): University Microfilms International, 1984.

GALTON, Francis. **Fingerprints**. Londres (Inglaterra): Macmillam and Co., 1892.

GALTON, Francis. **Hereditary Genius**: an inquiry into its laws and consequences. Londres (Inglaterra): Macmillan and Co., 1892.

GALTON, Francis. **Inquiries into human faculty and its development**. 2. ed. Londres (Inglaterra): J. M. Dent & Co., 1907.

GALTON, Francis. **Statistics by Intercomparison**, with Remarks on the Law of Frequency of Error. In: *Philosophical Magazine*, s. 4. Vol. 49, n. 322, Janeiro de 1875.

GARLAND, David. **Disciplining Criminology?** In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli, SAAVEDRA, Giovani Agostini e CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/RS: Sistema Penal & Violência*. Vol. 1., n. 1, julho/dezembro de 2009. Porto Alegre, p. 114-123.

GARLAND, David. **Of Crimes and Criminals**: The Development of Criminology in Britain. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod e REINER, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. 2. ed. Oxford (Inglaterra): Clarendon Press, 1997, p.11-56.

GIGERENZER, Gerd; SWIJTNIK, Zeno; PORTER, Theodore; DASTON, Lorraine; BEATTY, John e KRÜGER, Lorenz. **The Empire of Chance**: How Probability Changed Science and Everyday Life. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press, 1989.

GILLIN, John L. **Predicting Outcome of Adult Probationers in Wisconsin**. In: *American Sociological Review*. Vol. XV, n. 4. Washington D.C. (EUA): American Sociological Association, ago. 1950, p. 550-553.

GILOVICH, Thomas; VALLONE, Robert e TVERSKY, Amos. **The Hot Hand in Basketball**: On the Misperception of Random Sequences. In: *Cognitive Psychology*. Vol. 17. Elsevier: 1985, p. 295-314.

GLASER, Daniel. **The Efficacy of Alternative Approaches to Parole Prediction**. In: *American Sociological Review*. Vol. XX, n. 3. Washington D.C. (EUA): American Sociological Association, jun. 1955, p. 283-287.

GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo**. São Paulo: Francis, 2003.

GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Criminal Careers in Retrospect**. Nova Iorque (EUA): The Commonwealth Fund, 1943.

GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleonor T. **Delinquents and Nondelinquents in Perspective**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1968.

GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Five Hundred Criminal Careers**. 4. ed., 1939. 1. reimp. Nova Iorque (EUA): Millwood, 1975.

GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleonor T. **Juvenile Delinquents Grown Up**. Nova Iorque (EUA): The Commonwealth Fund, 1940.

GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Later Criminal Careers**. Nova Iorque (EUA): The Commonwealth Fund, 1937.

GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Predicting Delinquency and Crime**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1959.

GLUECK, Sheldon e GLUECK, Eleanor T. **Unraveling Juvenile Delinquency**. Nova Iorque (EUA): The Commonwealth Fund, 1950.

GOFFMAN, Erving. **Asylums**: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates. Middlesex (Inglaterra): Penguin Books, 1968.

GOODMAN, Leo A. **The Use and Validity of a Prediction Instrument**. In: *American Journal of Sociology*. Vol. LVIII, n. 5. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, mar. 1953, p. 503-510.

GOTTFREDSON, Don M. **Diagnosis, Classification, and Prediction in the Criminal-Justice System**. In: FERRACUTI, Franco e WOLFGANG, Marvin E. *Criminological Diagnosis: An International Perspective*. Vol. I. Lexington (Massachusetts): Lexington Books, 1983, p. 203-233.

GOTTFREDSON, Michael e HIRSCHI, Travis. **A General Theory of Crime**. Stanford (California): Stanford University Press, 1990, p. 85-120.

GREENFELD, Lawrence A. **Examining Recidivism**. Washington D.C. (EUA): U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1985.

GREENWOOD, Peter W. **Selective incapacitation**. Santa Mônica (Califórnia): Rand Corporation, 1982.

GREENWOOD, Peter W. **Sentencing**. In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p.123-136.

GUTTMAN, Louis. **An Outline of the Statistical Theory of Prediction**. In: HORST, Paul, WALLIN, Paul e GUTTMAN, Louis. *The Prediction of Social Adjustment*. Boletim n. 48. Nova Iorque (EUA): Social Science Research Council, 1941.

GUTTMANN, Robert. **As mutações do capital financeiro**. In: CHESNAIS, François (Coord.). *A Mundialização Financeira: gênese, custos e riscos*. Trad. Carmen Cristina Cacciaccaro, Luís Leiria, Silvana Foá e Valéria Coêlho da Paz. São Paulo: Xamã, 1998, p. 61-96.

HAAG, Ernest van den. **Punishing Criminals**: Concerning a Very Old and Painful Question. Nova Iorque (EUA): Basic Books, 1975.

HAAPANEN, Rudy A. **Selective Incapacitation and the Serious Offender**: a longitudinal study of Criminal Career Patterns. Nova Iorque (EUA): Springer-Verlag, 1990.

HACKING, Ian. **The Taming of Chance**. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press, 2002.

HAKEEM, Michael. **The Validity of the Burgess Method of Parole Prediction**. In: *American Journal of Sociology*. Vol. LIII, n. 5. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, mar. 1948, p. 376-386.

HALLECK, Seymour. **Clinical Applicability for Prediction**. In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p.83-88.

HARCOURT, Bernard E. **Against Prediction**: profiling, policing and punishing in an Actuarial Age. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, 2007.

HARCOURT, Bernard E. **Making Willing Bodies**: The University of Chicago Human Experiments at Stateville Penitentiary. In: *The Body and the State*: how the State controls and protects the body. Part. 1. Social Research: An International Quarterly. Vol. 78, n. 2. Nova Iorque (EUA): Social Research, verão de 2011, p. 443-452.

HARCOURT, Bernard E. e LUDWIG, Jens. **Broken Windows**: New Evidence from New York City and a Five-City Social Experiment. In: *University of Chicago Law Review*, vol 73, n. 271. Chicago (Illinois): 2006, p. 271-320.

HARE, Robert D. e NEUMANN, Craig S. **Psychopathy as a Clinical and Empirical Construct**. In: *The Annual Review of Clinical Psychology*, 2008. Fascículo 4, p. 217-246.

HARRIS, Grant T., QUINSEY, Vernon L. e RICE, Marnie E. **Actuarial Prediction of Sexual Recidivism**. In: *Journal of Interpersonal Violence*. Vol. 10, fascículo 1. Londres (Inglaterra): Sage, março de 1995, p. 85-105.

HARRIS, Grant T., QUINSEY, Vernon L. e RICE, Marnie E. **Violent Recidivism of Mentally Disordered Offenders: The Development of a Statistical Prediction Instrument**. In: *Criminal Justice and Behavior*. Vol. 20, n. 4. Londres (Inglaterra): Sage, dez. de 1993, p. 315-335.

HARRIS, Grant T., QUINSEY, Vernon L., RICE, Marnie E. e CORMIER, Catherine A. **Violent Offenders: Appraising and Managing Risk**. 2. ed. Washington D.C. (EUA): American Psychological Association, 2006.

HART, Hornell. **Predicting Parole Success**. In: *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*. Vol. XIV, n. 3. Chicago (Illinois): Northwestern University Press, nov. 1923, p. 405-413.

HARTMANN, Thom. **Unequal Protection: How Corporations Became “People” – and You Can Fight Back**. 2. ed. rev. e ampl. Berret-Koehler. São Francisco (Califórnia): 2011.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**. Valencia (Espanha) Tirant Lo Blanch, 2001.

HERRNSTEIN, Richard J. e MURRAY, Charles. **The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life**. Nova Iorque (EUA): Free Press, 1996.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. 23. ed. Trad. Maria Tereza Lopes e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)**. 2. Ed. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFFMAN, Peter B. e BECK, James L. **Parole Decision-Making: A Salient Factor Score**. In: *Journal of Criminal Justice*. Vol.2, n.3. Elsevier, 1974, p. 195-206.

HOFFMAN, Peter B. e BECK, James L. **Salient factor score validation: a 1972 release cohort**. In: *Journal of Criminal Justice*. Vol. 4, n.1. Elsevier, 1976, p. 69-76.

HOFFMAN, Peter B. **Twenty Years of Operational Use of a Risk Prediction Instrument: The United States Parole Commission’s Salient Factor Score**. In: *Journal of Criminal Justice*. Vol. 22, n.6. Elsevier, 1994, p. 477-494.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.** 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid (Espanha): Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo.** In: JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo.* Buenos Aires (Argentina): Hammurabi, 2005.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid (Espanha): Thomson Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid (Espanha): Thomson Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoria de la pena.** Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 1998.

JANKOVIC, Ivan. **Labor Market and Imprisonment.** In: MELOSSI, Dario (Org.). *The Sociology of Punishment.* The International Library of Criminology, Criminal Justice & Penology. Aldershot (Inglaterra): Dartmouth, 1998, p. 319-333.

JENKINS, R.L., HART, Henry Harper, SPERLING, Philip I. e AXELRAD, Sidney. **Prediction of Parole Success: Inclusion of Psychiatric Criteria.** In: *Journal of Criminal Law and Criminology.* Vol. XXXIII, n.1. Chicago (Illinois): Northwestern University Press, mai-jun, 1942 e mar-abr. 1943, p. 38-43.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General.** 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2002.

KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. **Belief in the Law of Small Numbers.** In: *Hebrew University of Jerusalem Psychological Bulletin.* Vol. 76, n. 2. 1971, p. 105-110.

KAHNEMANN, Daniel e TVERSKY, Amos. **Prospect Theory: an analysis of decision under risk.** In: *Econometrica.* Vol. 47, n. 2. Nova Iorque (EUA): Wiley-Blackwell, mar. de 1979, p. 263-291.

KELLING, George L. e COLES, Catherine M. **Fixing Broken Windows: Resotring Order and Reducing Crime in Our Communities.** Nova Iorque (EUA): Touchstone, 1997.

KENNEDY, Randall. **Nigger: The Strange Career of a Troublesome Word.** Nova Iorque (EUA): Vintage, 2003.

KERNER, Hasn-Jürgen e WEITEKAMP, Elmar G. M. (Orgs.). **Cross-National Longitudinal Research on Human Development and Criminal Behavior**. NATO ASI Series: Behavioural and Social Sciences, Vol. 76. Dordrecht (Holanda): Kluwer Academic Publishers, 1994.

KERSHAW, Ian. **Hitler**. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

KOLMOGOROV, Andrey Nikolaevich. **Foundations of the Theory of Probability**. 2. ed. Trad. Nathan Morrison. Nova Iorque (EUA): Chelsea Publishing Company, 1956.

KROHN, Marvin D. e THORNBERRY, Terence P. (Orgs.). **Taking Stock of Delinquency: An Overview of Findings from Contemporary Longitudinal Studies**. Nova Iorque (EUA): Plenum Publishers, 2003.

KIRBY, Bernard C. **Parole Prediction Using Multiple Correlation**. In: *American Journal of Sociology*. Vol. LIX, n. 6. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, mai, 1954, p. 539-550.

LACLAU, Ernesto. **Discourse**. In: GOODING, Robert E. e PETIT, Philip. (Orgs.). *The Blackwell Companion to Contemporary Political Philosophy*. Oxford (Inglaterra): Blackwell, 1993.

LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça: refutação ao direito do trabalho de 1848**. Trad. J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Kairós, 1980.

LAPLACE, Pierre Simon. **Théorie Analytique des Probabilités**. 3. ed. rev. e aum. In: *Ouvres Complètes de Laplace*: publiées sous les auspices de l'Académie de Sciences par M.M. les Secrétaires Perpétuels. Tome Septième. Paris (França): Gauthier-Villars, 1886.

LAUB, John H. e SAMPSON, Robert J. **Crime in the Making: Pathways and Turning Points Through Life**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1993.

LAUB, John H. e SAMPSON, Robert J. **Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age 70**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2003.

LAUNE, Ferris Finley. **Predicting Criminality: Forecast Behavior on Parole**. Northwestern University Studies in the Social Sciences, n.1. Evanston (Illinois): Northwestern University Press, 1936.

LINDESMITH, Alfred e LEVIN, Yale. **The Lombrosian Myth in Criminology**. In: *American Journal of Sociology*. Vol. 42, n. 5. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, mar., 1937, p. 653-671.

LIPTON, Douglas, MARTINSON, Robert e WILKS, Judith. **The Effectiveness of Correctional Treatment: a Survey of Treatment Evaluation Studies**. Nova Iorque (EUA): Praeger Publishers, 1975.

LORD, John Harlan. **Predicting Recidivists and Non-recidivists in a Delinquent Population**. Fac-símile da Tese de Doutorado apresentada na Universidade de Maryland em 1974. Ann Arbor (Michigan): University Microfilms International, 1980.

LOTT Jr., John R. **More Guns, Less Crime: Understanding Crime and Gun-Control Laws**. 3. ed. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. v.1. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARCUSE, Herbert. **Industrialisierung und Kapitalismus im Werk Max Webers**. In: STAMMER, Otto (Org.). *Max Weber und die Soziologie Heute: Verhandlungen des 15. Deutschen Soziologentages* (Heidelberg, 1964). Tübingen (Alemanha): Mohr, 1965.

MARKOWITZ, Harry. **The Utility of Wealth**. In: *Journal of Political Economy*. Vol. 60, n. 2. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, abr. 1952, p. 151-158.

MARTINSON, Robert. **What works?** – questions and answers about prison reform. In: MARTINSON, Robert, PALMER, Ted e ADAMS, Stuart. *Rehabilitation, Recidivism and Research*. Hackensack (EUA): National Council on Crime and Delinquency, 1976, p. 7-39.

MARX, Karl. **1. Ad. Feuerbach** (1845). In: MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas* (1845-1846). Trad. Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política. Livro I: O Processo de Produção do Capital. 2 volumes. 26. ed. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Sagrada Família** ou a crítica da Crítica crítica: contra Bruno Bauer e consortes. Trad. Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2003.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). Trad. Rubens Enderle, Nélío Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. 5. reimp. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

MEEHL, Paul E. **Clinical versus Statistical Prediction**: A Theoretical Analysis and a Review of Evidence. Lanham (Maryland): Jason Aronson, 1996.

MELOSSI, Dario. **Cárcere, pós-fordismo e ciclo de produção da “canalha”**: discussão a guisa de prefácio. In: DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 9-24.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séc. XVI e XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 184-192.

MEMÓRIA, José Maria Pompeu. **Breve História da Estatística**. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2004.

MERTON, Robert King. **Social Theory and Social Structure**. 3. ed. Nova Iorque (EUA): Free Press, 1968.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: Libro de Estudios. Parte General. Buenos Aires (Argentina) Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MICHALKE, Regina. **Begrüssung und Einführung der 32. Symposium des Instituts für Konfliktforschung.** In: KAMMEIER, Heinz, LEIPERT, Matthias e RODE, Irmgard. *Prognosen im Strafverfahren und bei der Vollstreckung.* Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, n.25. Münster (Alemanha): LIT, 2004.

MILLER, Jerome G. **Diversion From Prosecution.** In: *The Prediction of Criminal Violence.* DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p. 93-100.

MILLER, Marc. **Legal and Ethical Limits on the use of Predictions of Dangerousness in th Criminal Law.** In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence.* Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p. 35-53.

MILLER, Stuart J., DINITZ, Simon e CONRAD, John P. **Careers of the Violent: The Dangerous Offender and Criminal Justice.** Lexington (Massachusetts): Lexington Books, 1982.

MOFFITT, Terrie E. **“Adolescence-limited” and “Life-course-persistent” antisocial behavior: a developmental taxonomy.** In: *Psychological Review.* Vol. 100. Washington D.C. (EUA): American Psychological Association, 1993, p. 674-701.

MOFFITT, Terrie E. **Natural Histories of Delinquency.** In: KERNER, Hasn-Jürgen e WEITEKAMP, Elmar G. M. (Orgs.). *Cross-National Longitudinal Research on Human Development and Criminal Behavior.* NATO ASI Series: Behavioural and Social Sciences, Vol. 76. Dordrecht (Holanda): Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 3-61.

MOFFITT, Terrie E. e CASPI, Avshalom. **Childhood predictors differentiate life-course persistent and adolescencelimited antisocial pathways, among males and females.** In: *Development & Psychopathology.* Vol. 13. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press, 2001, p. 355-375.

MOFFITT, Terrie E., CASPI, Avshalom, HARRINGTON, Honalee e MILNE, Barry. (2002) **Males on the life-course persistent and adolescence-limited antisocial pathways: Follow-up at age 26 years.** In: *Development & Psychopathology.* Vol. 14. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press: 2002, p. 179-207.

MONACHESI, Elio D. **Prediction Factors in Probation.** Hanover (New Hampshire): Sociological Press, 1932.

MOORE, Mark H.; ESTRICH, Susan R.; MCGILLIS, Daniel e SPELMAN, William. **Dangerous Offenders: The Elusive Target of Justice**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1984.

MORRIS, Lydia. **Dangerous Classes: The Underclass and Social Citizenship**. Nova Iorque (EUA): Routledge, 1994.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei n. 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal**, p. 286-292. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MLODINOW, Leonard. **The Drunkard's Walk: how randomness rules our lives**. Nova Iorque (EUA): Pantheon Books, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valência (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 6. ed. rev. e atual. Valência (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2004.

MURRAY, Charles. **In our hands: a plan to replace the Welfare State**. Washington D.C. (EUA): AEI Press, 2006.

NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política: uma introdução crítica**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. **Von Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben**. In: NIETZSCHE, Friedrich. *Werke in drei Bänden*. Vol. 1. Munique (Alemanha): Carl Hanser, 1954, p. 209-287.

OFFE, Claus. **Capitalismo Desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política**. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1989.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OHLIN, Lloyd E. **Selection for Parole: A Manual of Parole Prediction**. Nova Iorque (EUA): Russel Sage Foundation, 1951.

ORWELL, George. **1984**. Nova Iorque (EUA): Signet Classic, 1950.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo: Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCrim, 2003.

PASUKANIS, Evgeny Bronislanovich. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PATTERSON, Gerald R. e YOERGER, Karen. **Developmental Models for Delinquent Behavior**. In: HODGINS, Sheilagh (Org.). *Mental Disorder and Crime*. Newbury Park (Califórnia): Sage Publications, 1993, p. 140-172.

PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEARSON, Karl. **Contributions to the mathematical theory of evolution**. In: *Philosophical Transactions of the Royal Society of London* (A). Vol. 185. Londres (Inglaterra): Harrison and Sons, 1894, p. 71-110.

PETERSON, Mark A. e BRAIKER, Harriet B. **Who Commits Crimes: A Survey of Prison Inmates**. Cambridge (Massachusetts): Oelgeschlager, Gunn & Hain, 1981.

PETTY, Sir William. **Essays on Mankind and Political Arithmetic**. Cassel's National Library. Londres (Inglaterra): Cassel & Company Limited, 1888.

POUND, Roscoe. **Introduction to the English version**. In: SALEILLES, Raymond. *The individualization of punishment*. Trad. Rachel Szold Jastrow. Boston (Massachusetts): Little, Brown and Company, 1911.

PRICE, Richard. **An Essay towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances**: by the late Rev. Mr. Bayes. In: *Philosophical Transactions* (1683-1775). Vol. 53. Londres (Inglaterra): The Royal Society, 1763, p. 370-418.

PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko**: Untersuchungen zur Krise Von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main (Alemanha): Vittorio Klostermann, 1993.

PRZEWORSKY, Adam. **Estado e Economia no Capitalismo**. Trad. Argelina Cheilub Figueiredo e Pedro Paulo ZahWaltensir Dutra. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

QUETELET, Adolphe. **Sur l'homme et le développement de ses facultés, ou Essay de Physique Sociale**. Vol. I. Paris (França): Bachelier Imprimeur-Librairie, 1835.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REISS Jr., Albert J. **The Accuracy, Efficiency, and Validity of a Prediction Instrument.** In: *American Journal of Sociology*. Vol. LVI, n. 6. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, mai. 1950. p. 552-561.

REISS Jr., Albert J. **Unraveling Juvenile Delinquency.** II. An Appraisal of the Research Methods. In: *American Journal of Sociology*, n. 57. p. 115-120.

REMARQUE, Erich Maria. **Im Westen nichts Neues.** Jena (Alemana) Kiepenheuer & Witsch 2000.

ROCK, Paul. **Sociological Theories of Crime.** In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod e REINER, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. 4. ed. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, 2007, p. 3-42.

RODRIGUES, Nina. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil.** 3. reimp. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957.

ROSE, Nikolas. **At risk of madness.** In: BAKER, Tom e SIMON, Jonathan. *Embracing Risk: the changing culture of insurance and responsibility.* Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 2002, cap. 9, p.209-237.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid (Espanha): Thomson Civitas, 2006.

RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados:** Ensaios em Anticriminologia. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure.** Nova Iorque (EUA): Transaction Publishers, 2003.

SACK, Fritz. **Definition von Kriminalität als politisches Handeln:** der labeling approach. In: *Kriminologisches Journal*, (KrimJ). Ano 4, fascículo 1. Weinheim (Alemanha): Juventa Verlag, 1972, p. 3-31.

SACK, Fritz. **Neue Perspektiven in der Kriminologie.** In: KÖNIG, René e SACK, Fritz. (Org.). *Kriminalsoziologie*. Frankfurt am Main (Alemanha): Akademische Verlagsgesellschaft, 1968, p. 430-475.

SAGAN, Carl. **O Mundo Assombrado pelos Demônios:** a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SALEILLES, Raymond. **L'Individualisation de la peine**: étude de criminalité sociale. Elibron, 2006. Fac-símile do original publicado em Paris (França), pela Félix Alcan Editeur, 1898.

SANDERS, Barkev S. **The Purpose and Progress of the Attorney General's Survey of Release Procedures**. In: *Journal of the American Statistical Association*. Vol. XXXI, n.196. Washington D.C. (EUA): American Statistical Association, dez. 1936, p. 732-734.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCHEERER, Sebastian. **The delinquent as a fading category of knowledge**. In: RUGGIERO, Vincenzo; SOUTH, Nigel e TAYLOR, Ian. *The New European Criminology: Crime and Social Order in Europe*. Londres (Inglaterra): Routledge, 1998, p.425-442.

SCHEERER, Sebastian. **Three Trends into the New Millennium: The Managerial, the Populist and the Road Towards Global Justice**. In: GREEN, Penny e RUTHERFORD, Andrew (Org.). *Criminal Policy in Transition*. Oxford (Inglaterra): Hart Publishing, 2000, cap. 13, p.243-259.

SCHÜNEMANN, Bernd. **¿Crisis del procedimiento penal?** (¿marcha triunfal del procedimiento pena americano en el mundo?). In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madri (Espanha): Tecnos, 2002.

SCWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Measuring Delinquency**. In: SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. (Orgs.). *Delinquency: Selected Studies*. Nova Iorque (EUA): John Wiley & Sons, 1969, p. 1-10

SHANNON, Lyle W. **Criminal Career Continuity**: its Social Context. Nova Iorque: Human Sciences Press, 1988.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2004.

SHAW, Clifford R. **Brothers in Crime**. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1938.

SHAW, Clifford R. **The Jack-Roller**: A Delinquent Boy's Own Story. 6. reimp. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1968.

SHERIDAN, Daniel J. *et al.* **Prediction of Interpersonal Violence:** an Introduction. In: CAMPBELL, Jacquelyn (Org.). *Assessing Dangerousness: Violence by Batterers and Child Abusers*. 2. ed. Nova Iorque (EUA): Springer Publishing Company, 2007, p. 1-23.

SHIRYAEV, Albert Nikolayevich. **Kolmogorov:** Life and Creative Activities. In: *The Annals of Probability: an Official Journal of the Institute of Mathematical Statistics*. Vol. 17, n. 3. Beachwood (Ohio): 1989, p. 866-964.

SHORT Jr., James F. **Introduction.** In: COTTRELL Jr., Leonard S., HUNTER, Albert e SHORT Jr., James F. *Ernest W. Burgess on Community, Family and Delinquency*. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1973, p. 167-175.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Política Criminal y Persona.** Buenos Aires (Argentina): AdHoc, 2000.

SIMON, Frances. **Prediction Methods in Criminology.** Londres (Inglaterra): Her Majesty's Stationary Office, 1972.

SINGER, Richard G. **Legal and Ethical Limits for Prediction:** Accent on the Offense. In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p. 55-69.

SPITZER, Steven. **The Rationalization of Crime Control in Capitalist Society.** In: COHEN, Stanley e SCULL, Andrew (Orgs.). *Social Control and the State*. Nova Iorque (EUA): St. Martin's Press, 1983, p. 312-329.

STEADMAN, Henry J. **How well can we predict violence for adults?** A review of the literature and some commentary. In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield (Illinois): Charles C. Thomas, 1987, p. 5-19.

STEVENSON, Robert Louis. **The Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde.** Atlanta (Georgia): Intervisual Books, 2010.

SZASZ, Thomas. **The Myth of Mental Illness:** Foundations of a Theory of Personal Conduct. ed. rev. Nova Iorque (EUA): Harper & Row, 1974.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos.** Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez. **Culpabilidade:** a incongruência dos métodos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 24, out-dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TAYLOR, Ian. **Crime in Context: A Critical Criminology of Market Societies.** Londres (Inglaterra): Polity Press, 1999.

TIBBITTS, Clark. **Success or Failure on Parole Can Be Predicted: A Study of the Records of 3,000 Youths Paroled from the Illinois State Reformatory.** In: *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. XXII, n.1. Chicago (Illinois): Northwestern University Press, mai. 1931 a mar. 1932, p. 11-50.

TORFING, Jacob. **New Theories of Discourse:** Laclau, Mouffe e Žižek. Malden (Massachusetts): Blackwell, 1999.

VOLD, George B. **Prediction Methods and Parole: A Study of the Factors involved in the Violation or Non-Violation of Parole in a Group of Minnesota Adult Males.** Hanover (New Hampshire): Sociological Press, 1931.

VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions.** Oxford (Inglaterra): Clarendon Press, 1993.

VON LISZT, Franz. **La idea de fin en Derecho Penal.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva].** 3. ed. rev. e ampl. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico, n. 6. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WALKER, Samuel. **Taming the System: The Control of Discretion in Criminal Justice, 1950-1990.** Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, 1993.

WARNER, Sam Bass. **Factors determining Parole from the Massachusetts Reformatory.** In: *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*. Vol. XIV, n. 2. Chicago (Illinois): Northwestern University Press, ago. 1923, p.172-207.

WEBER, Max. **Der Sinn der “Wertfreiheit” der Sozialwissenschaften.** In: *Soziologie, Weltgeschichtliche Analysen, Politik*. Stuttgart (Alemanha): Alfred Kröner Verlag, 1956, p.263-310.

WEBER, Max. **Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft.** In: *Staatssoziologie*. Berlim (Alemanha): Duncker & Humblot, 1956, p. 99-110.

WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie.** Vol. I e II. Colônia (Alemanha): Kiepenheuer & Witsch, 1964.

WEBER, Max. **Wirtschaftsgeschichte: Abriss der universalen Sozial- und Wirtschafts- Geschichte.** 2. ed. Munique (Alemanha): Duncker & Humblot, 1924.

WEBER, Max. **Richtungen und Stufen religiöser Weltablehnung.** In: *Soziologie, Weltgeschichtliche Analysen, Politik.* Stuttgart (Alemanha): Alfred Kröner Verlag, 1956, p.441-483.

WESSELS, Johannes e BEULKE, Werner. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil. Die Straftat um ihr Aufbau. 32. ed. rev. Heidelberg (Alemanha): C. F. Müller, 2002.

WEST, Donald J. **Present Conduct and Future Delinquency:** First Report of the Cambridge Study in Delinquent Development. Londres (Inglaterra): Heinemann, 1969.

WEST, Donald J. **Who Becomes Delinquent?** Second Report of the Cambridge Study in Delinquent Development. Londres (Inglaterra): Heinemann, 1973.

WILSON. James Q. e HERRNSTEIN, Richard J. **Crime and Human Nature:** the definitive study of the causes of crime. Nova Iorque (EUA): The Free Press, 1998.

WILSON, William Julius. **The Truly Disadvantaged:** the Inner City, the Underclass and the Public Policy. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, 1987.

WORRAL, John L. **Crime Control in America:** What Works? 2. ed. Boston (Massachusetts): Pearson, 2008.

YOUNG, Jock. **Actuarialism and the risk society.** In: NEWBURN, Tim. *Key Readings in Criminology.* Devon (Inglaterra): Willan, p. 367-372. Excerto retirado de YOUNG, Jock. *The Exclusive Society.* Londres (Inglaterra): Sage, 1999, p.68-77.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** Teoria Geral do Direito Penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Documentos com referência na Internet

BERLINER, Lucy *et al.* **The Special Sex Offender Sentencing Alternative:** a Study of Decision-Making and Recidivism. Report to the Legislature. Harborview Sexual Assault Center, 1991. Disponível em: http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/Soff_alternative.pdf

DONOHUE III, John J. e LEVITT, Steven D. **The Impact of Legalized Abortion on Crime.** In: *The Quarterly Journal of Economics.* Vol. 116, n. 2.

Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, maio de 2001, p. 379-420. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/DonohueLevittTheImpactOfLegalized2001.pdf>

GATES, Ernest P. *et al.* **Assessing Risk Among Sex Offenders in Virginia.** Virginia Criminal Sentencing Commission, 2011. Disponível em: http://www.vcsc.state.va.us/sex_off_report.pdf

GLAZE, Lauren E. e BONCZAR, Thomas P. **Probation and Parole in the United States, 2010.** Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics: novembro de 2011. Disponível em: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/ppus10.pdf>

GREER, Hal; BROWN, Justin; BITZ, Jamie e McMAHON, Joe. **Review of the Civil Commitment of Sexually Violent Predators:** Report to the Governor and the General Assembly of Virginia, 2011. Disponível em: <http://jlarc.virginia.gov/meetings/November11/SVP.pdf>

GUERINO, Paul, HARRISON, Paige M. e SABOL, William J. **Prisoners in 2010.** Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics: dezembro de 2011, revisado em 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/p10.pdf>

HANSON, Karl e HARRIS, Andrew. **The Sex Offender Need Assessment Rating (SONAR):** A method for measuring change in risk levels, 2000-2001. Corrections Research. Department of the Solicitor General of Canada. Ottawa (Ontario), 2001. Disponível em: http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/rep/_fl/sonar-eebds-eng.pdf

HANSON, Karl. **The Development of a Brief Actuarial Risk Scale for Sexual Offense Recidivism:** 1997-04. Department of the Solicitor General of Canada. Ottawa (Ontario), 2004. Disponível em: http://www.defenseforsvp.com/Resources/Hanson_Static-99/RRASOR.pdf

HARRIS, Andrew, PHENIX, Amy, HANSON, R. Karl e THORNTON, David. **Static-99 Coding Rules Revised-2003.** Ottawa (Canadá). Corrections Directorate. Solicitor General Canada, 2003. Disponível em: http://www.static99.org/pdfdocs/static-99-coding-rules_e.pdf

JOHNSON, Bob. **An analysis of medical and legal flaws in the PCL-R,** 2006. Disponível em: <http://psychrights.org/Research/Legal/Dangerousness/DrBobJohnsonFlawsinPCL-R.pdf>

LATESSA, Edward; TRAVIS, Lawrence F.; JOHNSON, Shelley e JONES, Dana A. **Case Classification in Community Corrections: Preliminary Findings from a national Survey.** In: *Topics in Community Corrections. Annual Issues 1999: Classification and Risk Assessment.* Cincinnati (Ohio): University of Cincinnati, 1999. Disponível em: <http://www.uc.edu/content/dam/uc/ccjr/docs/articles/ClassificationRiskAssessment.pdf>

LEVITT, Steven D. Levitt. **Understanding Why Crime Fell in the 1990's: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not.** In: *Journal of Economic Perspectives.* Vol. 18, n. 1. Pittsburgh (Pensilvânia): AEA, 2004, p. 163-190. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/LevittUnderstandingWhyCrime2004.pdf>

MALTHUS, Thomas. **An Essay in the Principle of Population: As It Affects the Future Improvement of Society, with Remarks on the Speculations of Mr. Godwin, M. Condorcet, and Other Writers.** Londres (Inglaterra): J. Johnson, in St. Paul's Church-Yard, 1798. Disponível em: <http://www.esp.org/books/malthus/population/malthus.pdf>

Relatório da *CPI sistema carcerário*. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Brasília: Edições Câmara, 2009. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf

RUIZ, Rebecca. **Eyes on the prize: our moral and ethcial duty to end mass incarceration.** In: *The American Prospect. Special Issue: Mass Incarceration in America.* Robert Kuttner (Org.), 2010. Disponível em: <http://www.nxtbook.com/nxtbooks/americanprospect/20110102specialreport/#/2>

SNELL, Tracy L. **Capital Punishment, 2010: Statistical Tables.** Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics: dezembro de 2011. Disponível em: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/cp10st.pdf>

SPIEKER, Diane J. e PIERSON, Timothy A. **Adult Internal Management System (AIMS): Implementation Manual.** Missouri Department of Corrections and Human Resources. Disponível em: <http://static.nicic.gov/Library/007806.pdf>

YU, Chong Ho. **History of Science and Statistical Education: Examples from Fisherian and Pearsonian schools.** Ensaio apresentado na “Joint Statistical Meeting”, em Toronto (Canadá), 2004. Disponível em: <http://www.creative-wisdom.com/pub/2004ASA.pdf>

Referências da Internet

(Em ordem alfabética, atualizadas até o dia 11 de junho de 2012).

<http://angolarodeo.com>

http://articles.cnn.com/2007-12-17/politics/death.penalty_1_death-penalty-killer-escapes-death-capital-punishment?s=PM:POLITICS

<http://az.gov/app/sows/home.xhtml>

http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf

<http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/cp10st.pdf>

<http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/ppus10.pdf>

<http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=tp&tid=12>

http://campus.queens.edu/depts/amstdy/Syllabi/AMST300_Crime&Punishment/Ruffin_v_Commonwealth_1871.htm

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=422&invol=563>

<http://corrections.utah.gov/services/sonar.html>

<http://desexoffender.dsp.delaware.gov/SexOffenderPublic/>

http://docapp8.doc.state.ok.us/servlet/page?_pageid=190&_dad=portal30&_schema=PORTAL30

<http://doj.mt.gov/svor/>

<http://downloads.mhs.com/pclr/hare-pcl%E2%80%932nd-ed.pdf>

<http://dps.alabama.gov/Community/wfSexOffenderSearch.aspx#1>

<http://dps.vermont.gov/>

<http://dunedinstudy.otago.ac.nz/>

<http://icrimewatch.net/index.php?AgencyID=55149>

<http://kspsor.state.ky.us/>

<http://meganslaw.ca.gov/search.asp>

<http://ml.waspc.org/>

<http://offender.doc.state.wi.us/public/>

<http://offender.fdle.state.fl.us/offender/Search.jsp>

<http://sexoffender.dc.gov/>

<http://sexoffender.ncdoj.gov/search.aspx>

<http://sex-offender.vsp.virginia.gov/sor/>

<http://sexoffenders.ehawaii.gov/sexoffender/search.html>

<http://sexoffenders.oregon.gov/>

<http://sor.informe.org/sor/>

<http://sor.sd.gov/>

<http://sor.state.co.us/index.cfm?SOR=offender.list>

<http://state.sor.dps.ms.gov/>

<http://static.nicic.gov/Library/007806.pdf>

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/346/case.html>

http://www.accesskansas.org/kbi/offender_registry/

<http://www.acic.org/offender-search/index.php>

http://www.aoa.gov/aoaroot/aging_statistics/Census_Population/census2010/Index.aspx

http://www.biscmi.org/documents/Spousal_Assault_Risk_Assessment.pdf

<http://www.bls.gov/>

http://www.bop.gov/locations/institutions/flm/FLM_aohandbook.pdf

http://www.cdcr.ca.gov/Facilities_Locator/PBSP.html

http://www.cdcr.ca.gov/Reports_Research/Offender_Information_Services_Branch/Monthly/Tpop1a/TPOP1Ad1203.PDF

<http://www.cga.ct.gov/2007/rpt/2007-R-0380.htm>

http://www.communitynotification.com/cap_main.php?office=54575

<http://www.crimdefend.com/files/federal-guidelines.pdf>

http://www.criminaljustice.state.ny.us/SomsSUBDirectory/search_index.jsp

<http://www.criminologyprize.com>

<http://www.csom.org/>

<http://www.ct.gov/dps/site/default.asp>

<http://www.deathpenaltyinfo.org/>

<https://www.depen.pr.gov.br>

<http://www.dhs.gov/index.shtm>

<http://www.doc.state.mn.us/level3/search.asp>

<http://www.dps.state.ak.us/sorweb/Search.aspx>

<http://www.dpscs.state.md.us/sorSearch/>

<http://www.drc.ohio.gov/web/GuidelineManual07.pdf>

<http://www.fbi.gov/about-us/nsb/tsc>

<http://www.forsythsheriff.org/sexoffender/index.php>

<http://www.greenbaypressgazette.com/article/99999999/GPG0101/707110676/Hobart-ordinance-creates-sex-offender-free-zones>

<http://www.hare.org/>

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Parana.pdf

<http://www.icrimewatch.net/indiana.php>

<http://www.iowasexoffender.com/search>

http://www.isp.idaho.gov/sor_id/search.html

<http://www.isp.state.il.us/sor/sor.cfm>

http://www.justice.gov/uspc/commission_reports/expedited_apail.pdf

<http://www.justice.gov/uspc/history.htm>

<http://www.loginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=pen>

<http://www.lsp.org/socpr/default.html>

<http://www.mass.gov/eopss/agencies/sorb/>

http://www.michigan.gov/msp/0,1607,7-123-1589_1878_24961---,00.html

<http://www.mshp.dps.mo.gov/CJ38/searchRegistry.jsp>

<http://www.nbcbayarea.com/news/local/Keeping-the-State-Fair-Sex-Offender-Free-98434739.html>.

http://www.njsp.org/info/reg_sexoffend.html

<http://www.nmsexoffender.dps.state.nm.us/>

<http://www.no-fly-list.com/>

<http://www.nsopw.gov>

<http://www.nsp.state.ne.us/sor/find.cfm>

<http://www.nvsexoffenders.gov/Search.aspx>

<http://www.nytimes.com/2009/03/15/nyregion/new-jersey/15colnj.html?scp=1&sq=Jesse+Timmendequas&st=nyt>

<http://www.pameganslaw.state.pa.us/>

http://www.pap.state.ga.us/opencms/export/sites/default/resources/Crime_Severity_Levels_1-2006.pdf

<http://www.paroleboard.ri.gov/sexoffender/agree.php>

<http://www.rand.org/>

<http://www.sentencingproject.org/>

<http://www.sexoffender.nd.gov/>

<http://www.specializedtraining.com/p-5-early-assessment-risk-list-for-boys-earl-20b-version-2.aspx>

<http://www.static99.org/>

http://www.tbi.state.tn.us/sex_ofender_reg/sex_ofender_reg.shtml

http://www.tsa.gov/approach/secure_flight.shtm

<http://www.ucrdatatool.gov/offenses.cfm>

<http://www.violenceriskassessment.com/>

<http://www4.egov.nh.gov/nsor/search.aspx>

<http://wysors.dci.wyo.gov/sor/>

<https://apps.wv.gov/StatePolice/SexOffender/Forms/>

<https://ecom.mhs.com/>

https://records.txdps.state.tx.us/DPS_WEB/SorNew/Index.aspx

<https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=122732>

<https://www.ncjrs.gov/txtfiles/billfs.txt>

Filmografia

COHEN, Peter. “**Homo Sapiens 1900**”. Produção e direção de Peter Cohen. Documentário. Suécia, 1998. DVD. 88. min.

FERGUSON, Charles H. **Inside Job**. Produção de Audrey Marrs. Direção de Charles Ferguson. Documentário. Estados Unidos, 2010. DVD. 108 min.

MILESTONE, Lewis. **All Quiet on the Western Front**. Produção de Carl Laemmle Jr. Direção de Lewis Milestone. Universal. Estados Unidos, 1930. DVD. 138 min.

POLANSKY, Roman. **Rosemary's Baby**. Produção de William Castle. Direção de Roman Polansky. Estados Unidos, 1968. DVD. 136 min.

ROCK, Chris. **Bring the Pain**. Direção de Keith Truesdell. Estados Unidos, 2001. DVD. 58 min.

ZIMBARDO, Philip G. **Quiet Rage: The Stanford Prison Experiment**. Produção e direção de Philip Zimbardo. Estados Unidos, 1982. VHS. 50 min.

Normas jurídicas citadas no trabalho

Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a sua liturgia;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação

legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
- b) de caráter perpétuo;*
- c) de trabalhos forçados;*
- d) de banimento;*
- e) cruéis;*

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Código Penal brasileiro

Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 33. (...). § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso (...).

Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Art. 96. As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial. Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Código Penal Brasileiro após a reforma de 1977 e antes da Reforma de 1984

Art. 76. A aplicação da medida de segurança pressupõe:

I - a prática de fato previsto como crime;

II - a periculosidade do agente.

Parágrafo único. A medida de segurança é também aplicável nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n. II.

Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente:

I - se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir;

II - se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral.

§ 1º - Compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5º do artigo 30, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências.

§ 2º - O juízo poderá dispor, na forma da lei local, de funcionários para investigar, coletar dados e informações com o fim de instruir o requerimento de verificação de periculosidade.

Art. 78. Presumem-se perigosos:

I - aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena;

II - os referidos no parágrafo único do artigo 22;

III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;

IV - os reincidentes em crime doloso;

V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores. (...)

Art. 79. A medida de segurança é imposta na sentença de condenação ou de absolvição. Parágrafo único. Depois da sentença, a medida de segurança pode ser imposta:

I - durante a execução da pena ou durante o tempo em que a ela se furte o condenado; II - enquanto não decorrido tempo equivalente ao da duração mínima da medida de segurança, a indivíduo que, embora absolvido, a lei presume perigoso;

III - nos outros casos expressos em lei. (...).

Art. 81. Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso.

Art. 82. Executam-se as medidas de segurança:

I - depois de cumprida a pena privativa de liberdade;

II - no caso de absolvição, ou de condenação a pena de multa, depois de passada em julgado a sentença.

§ 1º A execução da medida de segurança é suspensa, quando o indivíduo tem de cumprir pena privativa de liberdade.

§ 2º A execução da medida de segurança detentiva precede a da medida de segurança não detentiva.

Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84)

Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei;

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º. O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Art. 5º. Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º. A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Art. 7º. A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

Art. 8º. O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

Art. 9º. A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

I - entrevistar pessoas;

II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;

III - realizar outras diligências e exames necessários.

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º - O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º - Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.

Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá a duração necessária à finalidade da saída.

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (Genebra, 1955)

31.

As penas corporais, a colocação em 'segredo escuro' bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares.

32.

1) As penas de isolamento e de redução de alimentação não devem nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o recluso e certificado, por escrito, que ele está apto para as suportar.

2) O mesmo se aplicará a outra qualquer sanção que possa ser prejudicial à saúde física ou mental do recluso. Em nenhum caso devem tais sanções contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.

3) O médico deve visitar diariamente os reclusos submetidos a tais sanções e deve apresentar relatório ao diretor, se considerar necessário pôr fim ou modificar a sanção por razões de saúde física ou mental.

33.

A sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como sanção. Mais ainda, correntes e ferros não devem ser usados como instrumentos de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação só podem ser utilizados nas seguintes circunstâncias:

a) Como medida de precaução contra uma evasão durante uma transferência, desde que sejam retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade judicial ou administrativa;

b) Por razões médicas sob indicação do médico;

c) Por ordem do diretor, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso, a fim de o impedir de causar prejuízo a si próprio ou a outros ou de causar estragos materiais; nestes casos o diretor deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior.

34.

O modelo e o modo de utilização dos instrumentos de coação devem ser decididos pela administração penitenciária central. A sua aplicação não deve ser prolongada para além do tempo estritamente necessário.